

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA TENTATIVE

SPÉCIALEMENT DANS LE

DROIT ROUMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 9 Décembre 1907, à 1 heure

PAR

Basile-Ilie DOROBANTZOU

Président : M. LE POITTEVIN, professeur

Suffragants { *MM. GARÇON, professeur*
HITIER, agrégé

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE

15, Rue Racine, 15

1907

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552422_0052

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA TENTATIVE

SPÉCIALEMENT DANS LE

DROIT ROUMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 9 Décembre 1907, à 1 heure

PAR

Basile-Ilie DOROBANTZOU

Président : M. LE POITTEVIN, professeur

Suffragants { MM. GARÇON, professeur
HITIER, agrégé



PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUBE

15, Rue Racine, 15

—
1907

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE LA TENTATIVE

Spécialement dans le Droit Roumain

INTRODUCTION

La loi pénale doit atteindre, non seulement le criminel satisfait qui a pu réaliser ses funestes espérances, mais encore celui-là, qui, ayant résolu d'accomplir tel méfait, a manifesté extérieurement de de façon sûre et indubitable son dessein criminel, en a peut-être commencé la réalisation effective; un hasard heureux eût-il, en fait, empêché tout résultat dommageable.

En un mot, le législateur ne peut se borner à réprimer l'infraction consommée, il doit encore incriminer et punir la « *tentative d'infraction* ».

Et la raison, tout au moins dans sa formule générale, en est facile à dégager. C'est que la peine n'a nullement pour but la réparation des atteintes

portées, des dommages causés aux intérêts privés et individuels ; ce à quoi elle tend, en réalité, c'est à toute autre chose, à la satisfaction d'un intérêt supérieur et plus général, celui de la collectivité, de la société elle-même. Or, l'intérêt social peut être gravement méconnu sans que, cependant, aucun préjudice particulier n'ait été réalisé.

Le mal social ne résulte pas uniquement des actes accomplis et du dommage effectif par eux déterminé, mais tout autant, et plus encore peut-être, des intentions des individus.

En principe et dans toute hypothèse, après avoir résolu d'ériger tel fait en crime ou en délit, le législateur se trouve en présence d'un double problème.

C'est d'une part, de préciser, de définir le fait incriminé, c'est d'autre part, de déterminer la peine dont pourront être frappés ceux qui viendraient méconnaître la défense légale.

Question d'incrimination, question de pénalité : nous les retrouvons, toutes deux, en matière de tentative, sujet de notre étude, étude qui sera divisée en deux parties :

Chapitre I^{er} : *Les données historiques ;*

Chapitre II : *La notion législative de la tentative punissable.*

CHAPITRE PREMIER

Les Données Historiques

SECTION I

Le Droit Romain

1. La théorie de la tentative est d'origine moderne ; car toute théorie présuppose un examen, une étude aidée de la plus forte et aiguë observation, la seule chose qui fasse arriver au développement considérable de l'abstraction.

Or, les Romains qui se trouvaient à une époque si lointaine où les sociétés n'étaient qu'à la première pierre de la base de leur organisation, certainement ne pouvaient pas concevoir une théorie de la tentative. Le droit romain ne contient aucune disposition générale sur cette matière et n'a même pas des termes techniques pour désigner ce que nous appelons la tentative. Et d'ailleurs, ce n'est pas seulement une théorie, mais la répression même d'un act

de tentative que nous ne saurions rencontrer à cette époque.

L'individu ne se sent atteint que par le fait dommageable seul, sans aucun souci de l'intention qui a guidé l'agent. Il faut donc qu'un mal effectif se soit réalisé ; or la tentative implique absence de tout dommage, elle échappe donc à la répression (1). Quoique plus tard la coutume et la loi commencent à s'intéresser elles-mêmes à la répression, la solution est la même. La victime obtient réparation et punition du coupable, mais à la condition d'avoir éprouvé un dommage réel.

Les *delicta privata*, ayant pour cause la lésion d'un droit individuel, supposaient un dommage causé (2). Or, la tentative ne suppose aucune lésion ; donc toute répression, toute réparation sont encore également impossibles.

Voilà donc la solution romaine à son origine.

C'est la conception matérialiste du droit primitif. Si les documents font défaut, les résultats auxquels sont arrivées les recherches comparatives de l'érudition contemporaine ne permettent point d'en douter. Cf., d'ailleurs, la loi exceptionnelle attribuée à Numa et que rapportent Festus V. Parricid et F. Diacre, éd. Müller p. 221, V. Parricid. *quest.* Cf., Humbert, *De la tentative d'après le droit criminel des Romains (Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse 1862, p. 417.*

2. Cf. Girard. *Manuel élémentaire de droit romain*, 1896, p. 380.

2. Mais cette situation commence peu à peu à se modifier par l'effet de l'organisation de l'Etat. A côté de l'intérêt privé, de l'intérêt individuel, apparaît l'intérêt général. Le coupable doit compte non seulement à sa victime, mais à la société qu'il a troublée.

L'Etat sent la nécessité de réprimer certains faits qui, pour n'avoir entraîné aucun préjudice effectif, n'en sont pas moins compromettants pour l'ordre et la sécurité publics, tels les faits dangereux pour la sûreté du pouvoir, de la nation (1).

L'Etat commence à s'apercevoir que la société n'est pas seulement troublée par l'acte matériellement dommageable, mais qu'elle l'est aussi par l'attentat sans aucun effet, ou par la volonté criminelle, dès qu'elle s'est manifestée dans des actes matériels, ces actes fussent-ils restés inefficaces.

On voit donc à côté de *delicta privata* naître les *crimina publica* et les *crimina extraordinaria*.

En ce qui concerne les premiers, la plupart des *leges publicorum judiciorum*, prévoyaient et confondaient, dans la même peine, le crime consommé et

1. Les réunions d'hommes la nuit, *cætus nocturnos agitare*, la trahison (v. L. III. D., *ad. leg. Iul. maj.*, XLVIII, 4.) L'effort fait pour se soustraire au service militaire, s'insurger, se tuer ou donner la mort à ses compagnons. (V. LL. I ; IV, § 10 et 11 ; 6. D., *de re milit*, XLIX, 16 ; L. XXXVIII § 12. D. ; *de pœnis*, XLVIII, 19).

certaines faits qui manifestent seulement et simplement l'intention de la commettre.

C'est dans cette époque que fut rédigée la *lex cornelia de sicariis* (1).

Quant aux *crimina extraordinaria*, la tentative de ces crimes était punie, quelquefois moins sévèrement que le crime consommé. Est-ce à dire qu'en possession de ces idées les jurisconsultes romains aient résolu les différents problèmes que soulèvent cette matière de la tentative ? Il n'existait pas en droit romain aucune conception générale du problème que nous envisageons. Les *crimina publica* n'étaient réprimées que comme délits spéciaux et non en vertu d'une règle générale sur la tentative.

Enfin les *crimina extraordinaria* étaient réprimées en vertu d'une jurisprudence particulière à chaque crime et non par application d'une règle générale. L'arbitraire du juge s'exerçait librement.

3. — Quant à la distinction des actes préparatoires et des actes d'exécution, le droit romain ne l'a jamais soupçonnée ; et si la législation romaine avait consacré l'impunité de la résolution criminelle. *Cogitationis poenam nemo patitur*, l'impunité des actes

1. La loi Cornelia de sicariis : « qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa, sicut is qui hominem occiderit venenum hominis causa fecerit vel vendiderit, vel habuerit. » (V. LL. I, §§ 1 et 3 ; D., *ad. leg. corn.*, IX, 16 ; Paul, sent. V. 23, n° 2 et 3.)

préparatoires, il faudrait manifestement reconnaître que, les textes nous présentent beaucoup plutôt la méconnaissance que la consécration et l'application du prétendu principe.

Il faut donc renoncer à rattacher les solutions de textes romains à un concept quelconque d'ordre abstrait et scientifique. D'ailleurs, comme on sait, le droit pénal n'atteignit jamais à Rome qu'un développement très restreint et sans rapport avec celui auquel parvint le droit civil.

Aucune théorie ne pouvait prendre vie en cette matière à cause du despotisme impérial. Mais si la législation romaine était loin de concevoir un système harmonique en matière de tentative, des quelques textes qui punissaient certains actes de tentative semblaient bien se dégager deux notions. C'était d'une part le principe proclamé par Ulpien. *Cogitationis pœnam nemo patitur*, l'impunité pour la simple révolution criminelle. D'autre part cette notion, qu'à l'avenir le législateur est forcément amené à prendre davantage en considération dans l'acte délictueux l'intention même de l'agent. Ces premières données allaient constituer le point de départ l'élaboration beaucoup plus savante et plus systématique des Glossateurs.

SECTION II

L'ancien Droit

4. La notion de la tentative apparaît nettement caractérisée ; c'est la notion subjective.

Ce qui est punissable dans une action criminelle, c'est beaucoup moins cette action elle-même, que l'intention dont elle est la manifestation externe ; *cogitare agere sed non perficere* ; ce que l'on met en relief c'est la volonté du coupable ; c'est elle l'élément essentiel qui appelle la pénalité. Il faut que le coupable ait agi ; car s'il s'est borné à vouloir son crime, il n'a causé aucun trouble social.

Le passage de la volonté à l'acte, *processus ad actum*, constitue la répression et le point initial de la tentative. En ce qui concerne la pénalité, les glossateurs trouvèrent une théorie juridique qui concordait plus ou moins avec les solutions romaines. On distingue en matière de tentative les *crimina ordinaria* et les *crimina atrocia*. Les premiers n'étaient punis qu'à la suite de leur exécution effective. Parfois on punissait la tentative, mais d'une peine moindre que le délit consommé. Dans les *crimina atrocia*, c'était la volonté qui jouait le rôle principal, dès qu'elle s'était manifestée par un acte d'exécution se rapprochant du crime. L'attentat était

assimilé au crime consommé, et comme tel puni de la même peine (1).

Seulement comme cette assimilation elle-même paraissait trop rigoureuse ; on en restreignait souvent encore la portée en en réservant l'application pour le cas où l'agent avait accompli quelque acte voisin et très rapproché (*conatus proximus*) de l'exécution du crime. La tentative (*conatus remotus*) restait frappée d'une peine moindre. Cependant un principe domine tout l'ancien droit ; le principe de l'arbitraire des peines. Le juge est libre, même dans les crimes atroces, d'arbitrer la peine applicable à la simple tentative et de la faire varier suivant la gravité des actes matériels déjà réalisés.

5. Comme tout droit primitif, le droit lombard s'en était tenu à la notion matérialiste de l'infraction. C'était le fait dommageable qui jouait le rôle principal.

6. Un troisième facteur intervient et engage dans le mouvement une nouvelle série d'idées, c'est le *droit canonique*, le droit de l'Eglise. L'Eglise comprit qu'il convenait mieux à sa mission particulière, de rechercher l'intention coupable et d'apprécier la gravité du délit en mesurant la faute elle-même, le péché. Le crime est un mal, mal individuel et social ; à l'un ou à l'autre il faut un châtement. En tant que

1. Voy. Saleilles, *op. cit.*, p. 335 à 347.

mal individuel, le crime consiste dans la simple résolution, en elle-même immorale, et la peine a pour but l'expiation du péché. En tant que mal social, le crime consiste dans la manifestation par les faits extérieurs de cette intention criminelle, de ce péché et la peine a pour but la réparation du scandale. La gravité du châtement se mesure donc sur la gravité morale de l'acte ; ce qui a amené au principe d'une peine variable, suivant le degré de culpabilité subjective de l'agent (1).

Telles étaient les différentes conceptions qui inspirèrent la doctrine et la jurisprudence dans les décisions et les solutions que voici :

7. — En résumé ce à quoi nos anciens auteurs s'attachent dans la répression de la tentative, ce qu'ils veulent punir, c'est avant tout le dessein pervers, la volonté criminelle :

In delictis non excitus sed voluntas inspicitur, c'est la formule romaine qui a inspiré nos anciens auteurs.

« On peut établir comme une règle générale dit Jousse, en matière de crimes, que la simple volonté

1. On peut dire toutefois qu'en principe le droit canonique se montrait favorable à une atténuation de peine au cas de tentative.

Dans les livres sacrés, c'est la consommation effective qui seule entraîne la peine totale du crime, v. *Exode*, ch. XXI, v. 12, 18, 19, 20 et s. *Deutéronome*, ch. XIX, v. 5, 11, 21.

ou attentat, quoique non suivie d'effet, doit être punie. » (1). Le côté moral de l'infraction, la faute subjective, voilà ce qu'on prend principalement en considération (2). C'était une conception absolument subjective, la conception subjective des glosateurs et encore plus, celle du droit canonique.

Mais ce qui caractérise la tentative pour les anciens auteurs, c'est le passage de l'agent à l'acte criminel, c'est le *processus ad actum*. La simple résolution criminelle échappe à la répression : *cogitationis pœnam nemo patitur*. Mais dès que l'intention s'est manifestée par un acte extérieur, acte d'exécution immédiate ou seulement la préparation éloignée, la répression apparaît et, en fait elle intervenait. On voit dans certains cas, la seule résolution criminelle être punie de mort ; c'est ce qui a lieu au cas de crime *de lèse-majesté au premier chef*. Par ailleurs l'ancien droit, sous l'influence du droit canonique, atténue la peine de celui qui arrête lui-même l'exécution où les effets de sa tentative criminelle.

Voilà le fait et la solution normale. Cependant il y a des cas lesquels les anciens jurisconsultes faisaient une distinction : ceux de *crimina atrocia* et de cri-

1. V. Jousse, Part. III, liv. II, tit XXV, t. II, pp. 637-648, n° 166.

2. Saleilles, *op. et loc. cit.*, p. 339 et s.

mina ordinaria. Dans les infractions légères le principe d'atténuation restait absolu, mais dans les crimes atroces (lèse-majesté ou premier chef) la tentative était parfois punie de la peine même du crime consommé ; mais cette assimilation n'apparaît que pour le cas où l'agent avait accompli quelque acte voisin et très rapproché (*conatus proximus*) de l'exécution du crime.

La tentative éloignée (*conatus remotus*) était frappée d'une peine moindre.

Mais un principe domine toujours tout l'ancien droit, le principe de *l'arbitraire des peines*.

Telles furent donc les solutions de notre ancien droit.

SECTION III

Le droit intermédiaire et le Code pénal

Nul ne sera puni à l'avenir « qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ». Voilà le nouveau principe du droit moderne. De ce principe qui supprima l'arbitraire des peines, allait découler toute une série de transformations du système répressif en matière de tentative.

La loi elle-même doit réglementer tout le mécanisme de la tentative.

En effet le Code pénal de 1791 prévoit spécialement deux hypothèses de tentatives, celles *d'assassinat* et *d'empoisonnement* ; et la loi elle-même va les définir, sans laisser au juge aucune latitude. La tentative d'assassinat sera constituée par *l'attaque à dessein de tuer* (1).

La tentative d'empoisonnement par *l'empoisonnement effectué*, c'est-à-dire l'administration à la victime de la substance toxique, où par le fait d'avoir mêlé le poison aux aliments ou aux breuvages de la personne que l'on veut atteindre (2).

Quant à la peine, le législateur se laisse guider par les idées traditionnelles. La loi nouvelle ne réprime plus ces crimes, qu'à partir du moment où l'ancien droit, considérant la volonté criminelle comme absolument ferme et irrévocable, admettait l'application de la peine entière due au crime consommé. Le législateur consacre donc le principe

1. C. pén., de 1791, II^e part., sect. I, tit. II, art. 13.
« L'assassinat quoique non consommé sera puni de la peine portée en l'article 11, lorsque l'attaque à dessein de tuer aura été effectuée ».

2. Le crime d'empoisonnement n'est en effet réputé consommé dans le Code de 1791 que par la survenance de la mort de la victime. V. II^e part ; tit. II, art. 15.

d'assimilation. Du reste, le désistement volontaire de l'agent lui assure impunité.

9. Mais le système législatif ainsi élaboré restait imparfait ; car le champ des crimes est bien large. Restreinte en des limites aussi étroites la répression de la tentative est manifestement insuffisante. La loi du 22 prairial an IV vint établir les bases d'une théorie générale de la tentative. « Toute tentative de crime, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu. Voilà donc la théorie de la tentative que le droit moderne devait adopter ; mais cette loi ne parle que de la tentative de délit correctionnel et n'est point punissable.

Plus tard, la loi du 25 frimaire, an VIII, vient compléter l'insuffisance de la législation. L'incrimination est étendue aux délits. Ce fut là le dernier état de la législation, antérieur à nos Codes. Il fut accueilli par les articles 2 et 3 du Code pénal de 1880.

L'article 2 a été modifié dans sa rédaction seulement par la loi du 28 avril 1832.

Nous voici donc en présence d'une réglementation synthétique de la répression en matière de tentative.

SECTION IV

Le droit Roumain

10. La Roumanie d'aujourd'hui, était autrefois occupée par les Daces, peuple belliqueux qui, sous la conduite de Décébal, pendant plus de vingt ans, put tenir tête aux Romains et anéantir en maintes rencontres les armées de Domitien. Mais dès que Marc-Ulpien Trajan fut monté sur le trône, en l'an 1898 de notre ère, il n'eut d'autre pensée, que celle d'anéantir le peuple qui avait eu l'audace de se mesurer avec le premier empire du monde. En effet, après quelques années de lutttes sanglantes, le Héros Décébal tomba percé de sa main, et la Dacie fut pour toujours soumise à son vainqueur.

11. En raison du silence des chroniqueurs, on ignore quelles sont les lois qui existaient en Dacie. Mais à en juger par les coutumes des autres peuples barbares, nous pouvons présumer que la volonté des princes et le droit naturel tenaient lieu de loi écrite ; c'est ce que Démètre Cantemir, contemporain de Pierre le Grand, atteste dans son livre, aujourd'hui épuisé, intitulé : *Description de la Moldavie*.

Lorsque la Dacie fut, par l'empereur Ulpien Trajan, réduite en province romaine, et repeuplée par l'élément latin, elle reçut les lois de la métropole.

Ces lois restèrent en vigueur aussi longtemps que le pays fut soumis aux empereurs de Rome et Constantinople. Mais à la suite de l'invasion barbare, la Dacie fut désertée par ses habitants et les empereurs de Constantinople se virent forcés d'abandonner la province à elle-même ; ce qui amena la grande altération et modification des lois romaines ; de telle sorte qu'à l'époque du retour de Dragosch en Moldavie les juges ne savaient plus quel droit appliquer.

Alexandre le Bon (1), premier despote de la Moldavie voulant remédier à cet état de choses, reçut, sur sa demande, de Constantinople les lois impériales contenues dans les Basiliques ; de ces livres il tira l'extrait qui constitue aujourd'hui la législation moldave. Mais comme ces peuples ne renoncèrent pas tout à fait à leurs nombreuses coutumes, la Moldavie se trouvait avoir deux espèces des lois, les unes fondées sur le droit romain et by-

1. Il a été surnommé le Bon à cause de sa sagesse ; il réunissait dans sa personne toutes les qualités d'un homme d'Etat, à savoir : la bonté, la justice, la religion, le courage et la force. Ce fut lui qui le premier érigea à Soutschéava, ancienne capitale de la Moldavie, un école de droit, de théologie et de morale. Ce fut sous lui que les finances de l'Etat furent le plus florissantes.

zantin, les autres non écrites, qui s'appellent dans la langue du pays, *obiceiù*, mot qui signifie coutume. En présence de cet état de choses Basile l'Albanais, qui fut prince de Moldavie (1646), chargea des hommes compétents de codifier toutes les lois du pays, et composa ainsi un Code. Mais avec un pêle-mêle pareil on ne pouvait pas avoir de dispositions pénales bien déterminées, non plus qu'une codification bien réglementée ; car cet amalgame en ce qui concerne le droit pénal n'était pas seulement incomplet, mais, il ne contenait que quelques dispositions prises un peu à tort et à travers, mélange du droit écrit, du pays et des coutumes.

12. Plus tard, en 1646, Basile le Loup (Vasile Lupu) fait imprimer à Iassy, la capitale actuelle de la Moldavie à l'imprimerie de l'église des Trois Saints (*Trei ierarhi*) un nouveau Code, emprunté comme le précédent aux Basiliques. Ce Code ne contient que des lois pénales et agricoles. Il est intitulé, *Manuel roumain des lois impériales et autres maximes de droit* traduit de nombreux ouvrages grecs, sur l'ordre et aux frais du Prince Basile de Moldavie. Il est aussi incomplet que le précédent. Nous pouvons citer, à titre de curiosité, quelques-unes de ses dispositions :

« Celui qui tuera un enfant à la mamelle sera puni plus sévèrement que celui qui aura tué un homme. »

« Celui qui trahira sa patrie sera puni plus qu'un parricide. »

« Celui qui, réduit à la dernière extrémité n'aura volé que pour se vêtir et ne pas mourir de faim obtiendra son pardon. »

« Celui qui coupera une vigne ou des arbres fruitiers, aura les mains coupées et paiera l'amende. »

« Le rapt d'une femme sera puni de mort. »

« Celui qui enlèvera une femme adultère de son consentement ne subira aucun châtement. »

« La cause pour laquelle le prince atténue la peine d'un coupable, *c'est l'amour*. »

« L'amour ressemble à l'ivresse et à la folie. »

« Celui qui, épris d'amour, rencontre une jeune fille en chemin et l'embrasse, ne sera pas puni. »

Le défaut de ce Code est d'avoir établi une inégalité dans l'application de la peine ; c'est-à-dire qu'il avait marqué l'inégalité devant la loi pour deux catégories distinctes de personnes ; les nobles et les boyards d'un côté, les hommes du peuple ou les paysans d'un autre.

Néanmoins ce Code de Basile Le Loup contient maintes dispositions qui, au dire même des étrangers, feraient honneur à notre siècle si avancé en civilisation.

Nous pouvons citer un exemple : « Le juge de la ville n'est pas obligé de faire exécuter une sentence capitale du souverain, quand il est convaincu de l'in-

nocence du condamné. Qu'il donne plutôt sa démission que d'obéir à la volonté cruelle du prince. »

13. En 1633, c'est-à-dire un an avant l'avènement au pouvoir de Basile Le Loup, Mathieu Aga, issu de l'ancienne famille de Bassarab, reçut des Turcs le titre de prince de Valachie. Ce prince, l'ennemi mortel de Basile le Loup, fit venir de Macédoine un Grec nommé Méletie et fit imprimer en 1652 à Têrgovischtea l'ancienne capitale de la Valachie, son grand Code (*Pravila cea mare sau îndreptarea legei*) qui n'est qu'une traduction des Basiliques et du Nomocanon ou commentaire d'Alexis Aristène sur *l'Epitome canonum*, qui a eu force de loi, en Valachie jusqu'au Code actuel de 1865 (1).

Voici quelques-unes des dispositions de ce Code qui a beaucoup de ressemblance avec celui de Basile Le Loup, avec cette différence qu'il est beaucoup plus complet. Il contient 417 chapitres.

« Toute fille ou veuve honnête qui tuera celui qui veut attenter à la virginité de l'une ou à l'honneur de l'autre, sera exempte de tout châtiment, à condition toutefois que le meurtre soit concomitant à l'attentat, et non postérieur.

1. Cet Alexis Aristène était un magistrat chargé de veiller sur le dépôt des lois et d'en assurer leur stricte observation. Diacre en même temps de la grande église de Constantinople sous l'empereur Jean Comène, il écrivit au ^{xii}^e siècle un commentaire sur l'un des *Epitome canonum* sous ce titre. *Nomocanon Deo assistente interpretatum a dilectissimo Nomophylase domino Alexio.*

« Le même droit est reconnu au père et au frère de la victime, mais sous la même restriction. » etc., etc.

On voit donc tout de suite que les peines dans ce Code sont les mêmes que dans celui de Basile Le Loup.

Bien que ces deux Codes de Basile Le Loup et Mathieu Bassarab soient quelque peu barbares et incomplets, on peut les considérer comme des grandes œuvres ; car ils ont beaucoup contribué au développement de la culture nationale, en établissant dans les débats judiciaires la langue des ancêtres, jusque-là remplacée par les langues grecque et slave.

Ces Codes ont été la législation du pays jusqu'au xviii^e siècle.

14. En 1711 le pays tombe entre les mains phanariotes ; la corruption arrive ; le désastre règne ; la justice était, comme tout le reste, à l'enchère.

Le Code de Basile Le Loup avait presque disparu ; les juges ne pouvaient rendre la justice qu'en s'appuyant sur les Nouvelles de Justinien et de Léon, sur l'abrégé des Basiliques et sur le manuel de d'Har ménopule. A cette époque où le pays était tombé entre les mains des princes grecs, le ministre de la Justice, ou grand logothète, *lagofätul cel mare*, décidait selon son plaisir, et si le plaignant en appelait au Divan (Cour suprême) ; cette Cour suprême ou

Divan, sous la présidence du prince grec qui ne comprenait, ni la langue, ni les usages du pays, s'en rapportait à la décision du ministre toujours grec, et le malheureux demandeur n'y gagnait autre chose, que le profond chagrin de se voir sans justice.

En présence de ce sombre tableau, *Alexandre Morouzi*, l'un des princes phanariotes, ordonna à l'échanson (paharnicul) Toma Carra de traduire en grec moderne le manuel d'Harménopule ; ce qui fut fait en 1804. Mais ce manuel était très peu connu en Moldavie, le prince Morouzi ordonna de nouveau à Carra de composer un Code civil et un Code pénal, en prenant pour modèles les Basiliques ; mais celui-ci n'eut pas le temps d'achever son œuvre, étant mort sur ces entrefaites, en 1806.

15. En présence de cette grande lacune, la nécessité d'une législation positive se fit de plus en plus sentir.

Le remarquable jurisconsulte du temps, *Andronachi Donitch*, rédigea en roumain un manuel de droit, avec des renvois aux Basiliques et au Promptuaire d'Harménopule. Ce livre divisé en quarante-deux chapitres, fut imprimé pour la première fois à Iassy, et eut force de loi jusqu'en 1817, époque de la mise en vigueur du *Code Calimach*. Dans ce Code (chap. XLI) les peines sont très dures : elles sont aussi barbares qu'au moyen âge. Ainsi nous y trouvons la peine du talion, les mutilations corporelles,

telles que l'amputation des mains, du nez, du membre viril. Toutes ces cruautés furent abolies en 1832 par le Règlement Organique.

Dans tous ces Codes là, les peines n'étaient pas les mêmes pour tout le monde : elles différaient suivant la condition sociale des coupables. Ce triste état des choses dura jusqu'en 1865, époque à laquelle on décréta l'égalité de tous devant la loi.

16. La même absence de lois existait aussi en Valachie, car le Code de Mathieu Bassarab était depuis longtemps tombé en désuétude, et les juges appliquaient les constitutions impériales. Le prince *Alexandre Ipsilanti* fit rédiger un Code, qui n'est également qu'un abrégé très incomplet, en grec moderne, des *Basiliques*.

Les Codes Andronachi Donitch et Ipsilanti eurent une courte durée en 1817, les deux principautés furent dotées chacune d'une nouvelle législation ; la Valachie, du *Code Caragea*, la Moldavie, du *Code Calimach*, tous deux rédigés en langue grecque.

Le premier Code traite des lois civiles en général ; le deuxième qui fut imprimé pour la première fois à Vienne en 1818 toujours en grec moderne et qui fut traduit en roumain par Vacaresco, n'a qu'une seule partie qui traite des crimes et délits, d'une manière fort incomplète d'ailleurs.

17. Le Code pénal roumain a été promulgué en 1865 et il est, sauf quelques dispositions qui sont

inspirées du Code pénal prussien, à peu de chose près, la reproduction du Code pénal français.

Il a été modifié plusieurs fois par des lois postérieures. La tentative telle qu'elle se trouve aujourd'hui dans le Code pénal roumain est la reproduction de la tentative du droit français, avec une seule différence en ce qui concerne la pénalité, que nous verrons quand on entrera au cœur de la question.

Voilà donc, en quelques mots, les phases qui ont précédé notre législation pénale actuelle.

Peut-être n'ai-je pas rempli ma tâche puisque je devais spécialement étudier la tentative et toutes ses phases, en tout cas je demande un peu d'indulgence n'ayant pas eu et ne pouvant pas avoir à ma disposition tous les moyens nécessaires pour arriver à mon but ; chose qui m'a poussé à donner au moins une idée de tout le passé législatif pénal roumain et du caractère des lois en général jusqu'aujourd'hui où nous nous trouvons en face d'un Code bien réglementé.

CHAPITRE II

De la tentative punissable

Ce chapitre sera subdivisé naturellement en deux sections: 1° Il s'agit de définir la tentative punissable, c'est-à-dire de rechercher les conditions de son incrimination ; 2° Il faut déterminer quelle peine, par rapport à la peine applicable au crime consommé, le législateur doit édicter contre cette tentative punissable.

SECTION I

L'incrimination

Eléments constitutifs de la tentative punissable.

18. Les articles 38 et 39 du Code pénal roumain sont ceux qui traitent de la tentative.

Ils sont ainsi conçus :

Art. 38. — *La tentative de crime, c'est-à-dire tout commencement d'exécution du crime suspendue par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, sera punie d'une peine d'un degré inférieur à celle appliquée par la loi au crime consommé.*

— *Le crime exécuté mais manqué, sera puni du minimum de la peine appliquée par la loi au crime exécuté.*

Art. 39. — *La tentative de délit, c'est-à-dire tout commencement d'exécution du délit, suspendue par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, ainsi que le délit manqué, ne seront jamais punis que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi.*

A la lecture de l'article 38 du Code pénal roumain qui correspond à l'article 2 du Code pénal français, trois conditions semblent posées par le législateur roumain ainsi que par le législateur français, à l'incrimination de la tentative. Pour que cette tentative existe légalement, il faut d'abord qu'elle soit constituée d'un *élément intentionnel*, c'est-à-dire que l'agent ait voulu accomplir telle infraction déterminée d'un *élément matériel*, c'est-à-dire que l'agent ait commencé l'exécution de cette infraction ; et enfin d'une circonstance contingente, *l'absence de désistement de l'agent*, c'est-à-dire irréalisée à raison des circonstances indépendantes de sa volonté.

Tels sont d'après la doctrine classique et d'après les termes de l'article 38 du Code pénal roumain, les éléments de la tentative punissable.

§ 1. — *L'intention criminelle*

19. L'acte de tentative, comme tout acte criminel quelconque, est un acte de volition : il suppose la volonté, et d'une façon plus spéciale l'intention criminelle ; bien entendu il faut une volonté intelligente, le mot intelligence étant pris dans le sens de raison morale qui donne la notion du bien et du mal ; car s'il n'y a ni raison ni intelligence, la volonté peut être aussi déterminée qu'on voudra le supposer, elle n'engendrera aucune responsabilité ; il faut une volonté libre qui permette de choisir entre le bien et le mal, car comment pourrait-on punir celui qu'une force physique ou morale irrésistible contraint à l'accomplissement d'un acte criminel ?

L'intention n'est pas seulement la volonté d'accomplir telle ou telle action incriminée ; c'est encore la volonté de produire les conséquences légalement constitutives de cette action punissable (la mort de la victime), et c'est par là que la volonté diffère de l'intention et elle peut exister là où l'intention fait défaut. Celui qui a voulu tirer dans telle direction et qui blesse son compagnon de chasse, a voulu l'acte, il a voulu tirer, cependant il n'encourra aucune peine, car il n'en a ni prévu ni voulu les conséquences ; il ne l'a pas voulu en tant que délit. Il a été victime d'un cas fortuit. Il n'a pas voulu par là

nuire et causer dommage à sa victime ; il n'a pas eu *l'animus deliquandi* (1). Et de là on est parti quelquefois pour conclure que le concept de la tentative est radicalement impossible dans les infractions non intentionnelles, par exemple les délits d'imprudence ; mais il n'en résulte point que l'infraction non intentionnelle restera absolument impunie ; bien que l'agent n'a pas eu l'intention de tuer par exemple, en jetant une pierre de sa fenêtre, et commettre le délit, il a cependant manqué à son devoir ; il a commis une faute. Or, l'acte quoique non intentionnel, doit être puni comme constituant une faute ; car par la menace d'une peine, par la réalisation de cette menace lorsque la défense a été méconnue, l'utilité, la nécessité sociale, espère déterminer les individus à s'abstenir de ces actes d'imprudence qui satisfont peut-être leur fantaisie, mais qui mettent en danger la personne ou ses biens.

En résumé ce qui constitue d'abord la tentative, son élément principal, c'est le *discernement*, c'est-à-dire qu'il faut comprendre ce que l'on fait ; puis il faut la volonté, vouloir le faire, et la liberté, pouvoir ne pas le faire, en un mot *l'intention*.

Dans tous les cas, ce premier élément ne saurait suffire à l'existence légale de la tentative. A cet élément subjectif doit se joindre un élément objec-

1. V. Garraud, *Traité*, t. I, n^o 277, p. 535.

tif et matériel. Cet élément à l'étude duquel nous nous livrons, c'est le commencement d'exécution.

§ 2. — *Le commencement d'exécution*

20. La liberté de penser est peut-être la seule que nous puissions nous vanter de posséder complètement ; seul le domaine interne de l'idée échappe à toute investigation extérieure, et l'histoire nous montre que les autorités les plus tyranniques, n'ont jamais pu faire plier devant elles une pensée libre et résolue. La pensée criminelle est un mouvement psychologique dont nous ne sommes pas maître. Elle est à l'abri de toute répression de la part du pouvoir social. *Cogitationis pœnam nemo patitur*, disait Ulpien.

La résolution, c'est, avec la conception du délit, la volonté bien arrêtée de le commettre (*voluntas sceleris*). Mais tant que cette résolution reste renfermée dans la conscience pourrait-on la punir ? Non : ce n'est pas comme on l'a dit « parce qu'il n'est pas possible de convaincre un homme de mauvaise volonté, et qu'alors il serait difficile de l'en punir » ; mais parce que la société n'en a pas le droit ; car une simple résolution n'apporte aucun préjudice à la société, élément indispensable, pour que le droit de punir trouve sa légitimité ; qui pourrait punir de pareils actes internes inconnus et inappréciés ? On

ne peut pas connaître la vraie pensée, la volonté de l'agent ; nous n'avons pas la force de pénétrer la conscience de l'homme ; de pareilles investigations ne sont pas de notre domaine ; cet attribut appartient à la divinité. Mais alors même que la résolution serait constatée par suite d'aveux ou par tout autre moyen extraordinaire, on ne peut pas savoir si l'agent se serait décidé à réaliser sa résolution ; car il y a quelquefois très loin de la conception d'une idée à sa réalisation. Il y a beaucoup de gens qui conçoivent des projets criminels, mais qu'ils ne réalisent pas, soit qu'ils reviennent à de meilleurs sentiments, soit qu'ils craignent le supplice du remords ou de la peine, soit enfin pour tout autre motif. La résolution criminelle peut bien constituer un danger, une inquiétude sociale, mais elle ne constitue pas un trouble social tant qu'elle se renferme en elle-même, et on n'a pas le droit de prévenir un simple danger. Le droit pénal roumain aussi que le droit pénal français n'a jamais puni la résolution criminelle (1). C'est par erreur que des auteurs ont cru voir dans les articles 305 et suivants du Code français qui correspondent aux articles 235 et suivants du Code pénal rou-

1. Le Code pénal russe est le seul qui punisse la simple résolution lorsqu'elle est constatée. « Quiconque manifeste de vive voix, par écrit ou par acte, quel qu'il soit, l'intention de commettre un délit, est punissable pour cette intention coupable, du moins dans les cas prévus par la loi.

main punissant les menaces, une exception à cette règle.

La loi les punit, non pas, comme le dit Rossi, « parce qu'elle estime avoir une preuve matérielle suffisante, donnée par le coupable lui-même, d'une résolution criminelle », mais parce que la menace est plus et moins qu'une résolution, c'est un acte matériel dont la manifestation est de nature à causer un trouble social. Il n'y a pas non plus d'exception à notre principe dans l'article 89 qui correspond à l'article 79 du Code pénal roumain, qui punit de la détention, le complot, sans qu'il ait été suivi d'aucun acte commis ou commencé pour en préparer l'exécution. Le complot n'est pas une simple résolution, mais une résolution d'agir, concertée et arrêtée entre plusieurs personnes, fait externe que le pouvoir social doit punir (1). Ici la résolution criminelle est liée extérieurement à d'autres résolutions criminelles ; on a essayé d'entraîner quelqu'un.

C'est pour la même considération que l'article 89, *in fine* punit la simple proposition, même non agréée, de former un complot. Cette invitation à prendre part à un complot est un acte de propagande, dangereux pour l'ordre social. La simple résolution ne peut pas avoir ce caractère d'acte dangereux et troublant pour la société : celle-ci ne

1. Garraud, *Traité*. t. I, n° 194, p. 371.

peut être troublée que par des actes ; et si la résolution constitue une inquiétude sociale, c'est à la police qu'il appartient d'agir pour prévenir sa réalisation et non à la justice pour réprimer sa conception.

21. Pour qu'il y ait infraction punie par la loi, il faut que l'agent manifeste sa résolution par des actes extérieurs tendant à la réaliser. Mais qu'est-ce qu'on entend par actes extérieurs ? De la simple résolution jusqu'à la réalisation complète de l'infraction il y a toute une série d'actes, d'étapes successives. Eh bien, à laquelle de ces étapes le criminel doit-il arriver pour que la répression puisse intervenir ? Il peut arriver que l'agent ait besoin de quelque préparatif, de quelque acte extérieur qui précède l'exécution du crime ; par exemple, le fait de se procurer du poison pour empoisonner quelqu'un ; le fait de se procurer des armes pour tuer quelqu'un ; le fait de se procurer une échelle pour commettre un vol : la tentative, au sens légal du mot celle que la loi punit, ne prendra naissance, ni par la simple manifestation d'une volonté criminelle, ni par l'accomplissement d'actes préparatoires, son point initial sera dans le premier acte qui commencera l'exécution du crime.

1. En la forme, cette exigence du commencement d'exécution nous apparaît dans les législations modernes sous un double aspect ; tantôt la loi s'en tient à définir la tentative comme le commencement d'exécution d'un crime intention

22. La loi incrimine ces actes préparatoires, non comme des tentatives de délits, mais comme des délits *sui generis*. Pris en eux-mêmes, sans relation avec l'acte coupable qu'ils ont probablement pour but de faciliter, à raison de leur gravité propre, ces actes sont des infractions spéciales, et par conséquent punissables ; par rapport aux délits qu'ils ont pour but de faciliter, ce sont des actes préparatoires, et ils échappent à la répression (1). Enfin ces actes peuvent être punis par rapport à l'infraction, comme circonstances aggravantes du délit tenté ou consommé. C'est ainsi que l'escalade et l'effraction sont des circonstances aggravantes du vol. Mais la tentative ne prend naissance qu'avec le premier acte d'exécution du crime.

Il résulte de là que le législateur doit exclure de la répression, non seulement la manifestation pure et simple de cette volonté, mais encore toute une catégorie d'actes de tentative, au sens étymologique du mot, en général équivoques, sans signification exacte et précise, actes éloignés de la consommation du crime, actes ordinaires de la vie, comme le fait, par

nel (V. C. pén. autrichien) tantôt elle la définit comme une intention manifestée par un commencement d'exécution. C'est le système français, C. pén. germ ; C. pén. hollandais ; C. pén. belge.

1. Le port d'armes prohibé (v. C. p. art. 314) ; violation de domicile (v. C. p. art. 134 et 184).

exemple, d'acheter une arme. Pour employer les expressions consacrées, le législateur doit incriminer les actes d'exécution, il doit laisser impunis les actes simplement préparatoires.

23. Les actes préparatoires ont tout d'abord un caractère équivoque. Ce sont des actes à double sens, à double portée. Sans doute, l'achat d'une substance vénéneuse, peut constituer la préparation d'un empoisonnement ; mais cet acte peut être également indifférent, si l'acheteur n'a eu en vue qu'un usage licite de l'objet dont il s'est procuré la possession.

Or, comment donc inscrire dans la loi l'autorisation générale et absolue pour le juge d'utiliser, le cas échéant, c'est-à-dire, en fait, s'il le juge bon, — des indices aussi équivoques ; comment ne point redouter qu'il n'en arrive parfois à punir, non plus sur des preuves et des réalités, mais sur de simples présomptions et de pures apparences !

L'arme serait redoutable en toutes matières aux mains d'un juge partial et sans conscience ; les excès de la législation romaine et de l'ancien droit sont là pour le prouver.

Au surplus, il est encore une considération qui, sans avoir pour nous l'importance de la première, n'en a cependant pas moins une valeur incontestable ; c'est qu'il importe à l'intérêt social de ménager au coupable la possibilité d'un retour en arrière : pour éviter un trouble plus considérable, il faut inté-

resser l'agent à se repentir, à revenir au bien, tout au moins à ne point pousser jusqu'au bout la réalisation de son crime.

Or une répression trop hâtive, fût-elle légère, irait manifestement contre cet intérêt ; car punir le coupable pour des faits d'une gravité sociale, certaine peut-être, mais somme toute assez faible, c'est évidemment lui enlever en grande partie tout intérêt à s'arrêter dans la voie criminelle, et par là même l'exciter à y entrer plus avant, à faire tous ses efforts pour réaliser dans leur plénitude les conséquences matérielles et dommageables qu'il recherche. En présence de ces inconvénients, de ces dangers, il n'est pas niable que le juge ne doive dans une large mesure abandonner le souci de la répression. Non point que des faits, en présence desquels nous nous plaçons, ne puisse jamais résulter la preuve de la volonté criminelle, non point qu'on puisse nier l'existence d'un trouble social, et le droit qu'aurait la société à la condamnation du coupable, mais, parce que à côté de ce droit social de punir, surgit un autre droit certain, le droit pour chacun et pour tous à la sécurité, à la liberté. Le législateur est donc forcé de renoncer à satisfaire toutes les exigences de la justice et de l'utilité sociale, pour n'incriminer qu'une partie des faits dangereux pour la paix publique. Il n'incriminera plus tout fait quelconque, dans lequel il trouvera la preuve d'une volonté crimi-

nelle, mais il déterminera les faits précis dans lesquels la volonté devra s'être comme incarnée pour tomber sous le coup de la loi. Par conséquent le juge doit exclure de la répression, non seulement la manifestation pure et simple de cette volonté, mais encore toute une série d'actes de tentatives, en général équivoques, actes éloignés de la consommation du crime ; en un mot le législateur doit incriminer les actes d'exécution, il doit laisser impunis les actes préparatoires. Ainsi donc le point de départ de la tentative c'est l'acte d'exécution, ce n'est pas l'acte préparatoire.

24. — Évidemment : il n'est pas indispensable, pour que la tentative existe, que le fait précis, constituant l'infraction, se trouve commencé, par exemple que le meurtrier ait porté le premier coup. Celui qui est arrêté, au moment où il se précipite un poignard à la main sur sa victime, se rend coupable d'une tentative de meurtre. La tentative ne consiste pas seulement dans le commencement d'exécution de l'acte même qui constitue le crime, tel qu'il est défini par la loi, de l'homicide dans le meurtre, mais dans le commencement d'exécution du crime par des actes distincts qui en sont plus que la préparation (1). En un mot, ce que l'article 2 du Code fran-

1. Il y a une nuance à saisir, que l'ancien droit français avait analysée, en distinguant la tentative éloignée (*conatus remotus*) de la tentative prochaine (*conatus proximus*), mais

çais et l'article 38 du Code roumain incriminent, c'est le *commencement d'exécution du crime*, c'est-à-dire que l'agent devra déjà avoir commencé non pas le crime même, mais l'exécution du crime. Ici, en effet, le commencement de la tentative punissable ne se confond plus avec ce que nous appelons le commencement de la volonté criminelle. Sans doute cette volonté est indispensable pour engendrer la culpabilité de l'agent, mais elle ne suffit pas à elle seule pour donner ouverture à la répression. Elle ne tombera sous le coup de la loi que si l'agent a poussé la réalisation de son dessein jusqu'à la hauteur du commencement d'exécution. Et de là cette conséquence, que la détermination de l'existence ou de la non existence du commencement d'exécution ne relève plus de l'appréciation souveraine des juges du fait. Ceux-ci ont, en réalité, un double problème à résoudre. Ils doivent rechercher l'intention de l'agent, examiner si cette intention ressort fermement des faits matériels accomplis ; ils doivent encore apprécier la valeur juridique de ces faits, leur attribuer une qualité légale ; c'est-à-dire voir s'ils renferment ou non tous les caractères d'un commencement d'exécution. Or, si la première difficulté est toute de

il ne faudrait pas confondre la tentative éloignée, ainsi que le faisait l'ancienne jurisprudence française, avec des actes simplement préparatoires.

fait, la seconde est de droit, d'ordre juridique. Par exemple, le juge a déclaré que tel individu dans l'intention de voler, s'est avancé la nuit, muni de tout l'attirail d'un voleur, vers telle habitation, qu'il en a escaladé le mur et fracturé la porte ; voilà tout autant de constatations matérielles, elles sont définitives, elles s'imposent à la Cour de cassation, quid doit les tenir pour établies, mais le juge, après avoir constaté ces faits de l'agent, en déduit la conséquence légale de leur accomplissement, il les qualifie juridiquement et déclare que de tels actes constituent ou non un commencement d'exécution ; cette fois la solution ne porte plus sur une constatation de fait, c'est une question de droit que le juge a résolue.

Dans cette mesure sa décision ne saurait être souveraine ; elle peut être déférée à l'examen et au contrôle de la cour régulatrice. Ce système que nous exposons a été parfois repoussé par la Cour suprême française (1).

1. Au début, la Cour éludait autant que possible la difficulté. V. par ex. « deux arrêts de 27 août 1812 (S. chr. à sa date. J. P. à sa date) et 18 mars 1819 (S. et J. P. à sa date) Cf. Blanche, *op. cit* » t. I. p. 22, mais la doctrine est affirmée nettement dans des multiples décisions postérieures. V. Cass. 11 juin 1818, S. Coll. nouv. S. I. 487 : La chambre des mises en accusation de la Cour de Nancy avait refusé de voir dans certains faits d'escalade et d'effraction, les éléments, pourtant certains, d'un commencement d'exécution. Jg. Cass. 29 avril 1824, S. à sa date ; 23 sept. 1825, S. 26, I. 232.

25. Comment donc, disait-on, parler ici de question de droit ? On le comprendrait si le législateur avait dit lui-même ce qu'il entendait par commencement d'exécution, il appartiendrait alors à la Cour suprême de faire respecter sa volonté. Mais la loi n'a rien fait de semblable, elle n'a pas défini les éléments constitutifs de l'acte d'exécution, la Cour de cassation n'a donc en main aucun critérium légal d'appréciation. Tout ce qu'elle peut faire, c'est de vérifier si les juridictions de jugement ont bien constaté dans leurs décisions l'existence du commencement d'exécution.

C'est une erreur évidente, car le législateur ne peut ni tout prévoir, ni tout définir, et si la loi est muette, si le législateur s'est insuffisamment expliqué, c'est au juge à compléter et préciser sa pensée. La loi, il est vrai, n'a pas dit ce qu'elle entendait par un commencement d'exécution, mais il faut que le juge appelé à décider si tels ou tels faits constituent ou non ce commencement d'exécution s'en fasse une idée doctrinale qui lui serve de modèle et de terme de comparaison.

26. Par conséquent il appartient à la Cour suprême de rechercher par tous les moyens, les éléments et les caractères constants de l'acte d'exécution. Elle respectera la constatation des premiers juges sur les faits, elle ne contestera point l'intention qu'ils ont attribuée au coupable, mais vérifiera et examinera

si la qualification de commencement d'exécution ainsi attribuée aux faits accomplis est exacte, c'est-à-dire légale.

Voilà la solution vraiment juridique, à laquelle la jurisprudence semble s'attacher aujourd'hui d'une façon ferme (1). Cependant une grande difficulté surgit, avec le système des questions posées en cour d'assises adopté en cette matière, nous verrons que le contrôle de la Cour suprême ne peut pas s'exercer sur les déclarations du jury.

27. En effet, dans la pratique, les jurés sont interrogés sur le point de savoir si l'acte incriminé constitue l'exécution de tel crime. Un tel est-il coupable d'avoir accompli une tentative de vol, d'assassinat, voilà en substance ce qui est demandé au jury. Or la question ainsi posée est très complexe et le jury qui la tranche par oui ou par non peut s'être attaché aux motifs les plus divers.

Il peut répondre, non ; mais pourquoi ? Nul ne peut le dire, et c'est pour cette raison que tous les jours nous voyons le jury acquitter en vertu de considérations absolument étrangères à la cause, alors que

1. En ce sens : Cass., 29 octobre 1813. S. 14. I. 23, puis 14 octobre 1854. S. 54. I. 125 ; 12 avril 1877. S. 77. I. 329 : D'ailleurs la presque unanimité des auteurs la défendent ; Garraud. *Traité*, t. I, p. 290. — Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 54 ; Cf. Blanche, *op. cit.*, t. I, pp. 27-28. Cette solution est consacrée par le C. criminel du Canada (V. Valéry. *Revue pénit.*, 1895, p. 1127).

la preuve est certaine, et la culpabilité de l'agent incontestable. Ce spectacle ne découle que du lien étroit qui existe entre la question de fait et la question de droit qui les rend inséparables. La Cour suprême perd donc fatalement son pouvoir normal d'appréciation, il ne lui reste qu'un contrôle tout de surface.

Pour remédier à cette situation anormale, il y aurait, dit-on, un moyen simple. Il faudrait poser au jury deux questions précises, celle de l'existence matérielle des faits reprochés à l'accusé, et celle de sa responsabilité. Sur la réponse affirmative du jury, la Cour dirait si ces actes constituent ou non un commencement d'exécution.

Et en rapprochant le verdict et l'arrêt, la Cour de cassation pourrait être appelée à décider si la qualification attribuée aux faits est la qualification juridique légale (1). Le procédé est très bon, mais pour l'appliquer il faudrait réformer l'institution elle-même. D'ailleurs, même dans l'état actuel des choses, il y a encore un moyen qui fait conserver à la Cour suprême son pouvoir d'appréciation ; car ni l'accusé ni le ministère public ne sont en réalité désarmés contre une fausse interprétation de la loi. L'accusé n'arrive point en Cour d'assises sans y avoir été renvoyé par une décision de la Chambre des

1. Champcommunal, *op. cit.* (*Rev. crit.*, 1895, p. 54, n° 2).

mises en accusation. Or, contre cette décision un pourvoi est possible. Si l'arrêt de renvoi a faussement qualifié les faits, s'il n'y a vu, par exemple, que des actes préparatoires, alors que le ministère public estime qu'ils constituent un commencement d'exécution, celui-ci pourra en constater le bien fondé, et sur son pourvoi, la Cour de cassation rétablira la véritable nature des faits. Donc elle conservera son pouvoir souverain d'appréciation. Si la distinction des actes préparatoires et des actes d'exécution constitue une question de droit, il faut se demander à quel signe on reconnaîtra les uns et les autres, quel est le *critérium de distinction* susceptible de guider le juge dans la solution des espèces particulières ?

28. A la résolution de ce problème capital, deux systèmes, deux conceptions sont en présence : mais avant de le résoudre, pour pouvoir mieux nous rendre compte, nous devons étudier les principes sur lesquels ces deux systèmes reposent ; et voici comment : deux éléments concourent à l'existence de tout fait délictueux quel qu'il soit ; d'un côté une cause subjective, la volonté de l'agent ; de l'autre, un effet matériel objectivement réalisé ; suivant les circonstances, une action, un préjudice, un mal. Or, si nous étudions la pensée des auteurs, nous voyons ceci : pour les uns ce qui constitue le trouble social, élément essentiel de l'acte criminel, c'est avant tout

l'existence d'un fait matériel, en soi, dommageable ou dangereux ; pour d'autres, au contraire, le danger public, l'alarme sociale, n'est pas dans les conséquences préjudiciables du fait, mais bien plutôt dans l'intention même du coupable ; ainsi ont pris naissance deux conceptions générales de tout le droit pénal : d'une part, une conception *objective* attachée plus particulièrement, pour déterminer les conditions et les limites de la pénalité, à la gravité matérielle des actes accomplis ; d'autre part, une conception *subjective* prenant en considération, non plus le crime, mais le criminel, sa volonté, son intention. Dans la conception *objective*, ce que l'on envisage par-dessus tout dans l'acte délictueux, c'est le *fait matériel* qui en est un des éléments constitutifs. C'est ce fait qui apparaît, à raison de sa gravité intrinsèque, comme la cause véritable et déterminante de la répression. Il est un dommage individuel, une lésion, une méconnaissance partielle ou totale d'un droit, voilà pourquoi il trouble la paix, la sécurité publique, et compromet l'existence même de la société ; voilà pourquoi, gardienne de l'ordre social, la loi pénale doit intervenir et réprimer tout acte de cette nature. Une pareille conception aboutirait aux deux conséquences suivantes : d'un côté, à la répression de tout fait dommageable, quelle qu'ait été la volonté de l'agent ; d'autre part, à l'impunité de tout acte qui, en fait, n'a point causé de préjudice, par conséquent

à l'impunité des actes de simple tentative. Mais ce sont là des conséquences manifestement excessives et inacceptables, des conséquences, nous les verrons, qu'un droit primitif et grossièrement matérialiste peut seul admettre. Il ne s'agit donc nullement dans une semblable théorie de faire abstraction radicale et complète de cet autre élément du délit qui est l'intention criminelle ; il ne s'agit pas de construire une législation pénale en dehors de toute considération de l'intention du délinquant. Non, le délit n'existe et ne saurait exister sans une volonté criminelle qui en a été la cause consciente, et qui seule peut rendre les actes accomplis imputables à leur auteur. Mais cette volonté, alors même qu'elle s'est manifestée par des actes extérieurs et matériels, la loi sociale ne saurait, d'une façon certaine, en apprécier l'étendue ni le degré. Aussi bien et surtout, ni le législateur, ni le juge n'ont à punir les individus pour leurs intentions coupables, même certaines ; seules les actions dommageables ou dangereuses peuvent et doivent les intéresser. La constatation d'une volonté criminelle ne peut avoir qu'un seul but, qu'un seul motif : déterminer sur qui doit peser la répression, qui doit expier, qui doit réparer ; justifier l'application de la peine à tel individu plutôt qu'à tel autre ; elle ne saurait entrer davantage en ligne de compte dans la détermination des conditions ou dans la mesure de la répression. Ce qui, en réalité, donne libre cours à

cette répression et la justifie, c'est la gravité matérielle et objective du fait accompli. Ce que la loi punit, c'est ce fait en tant qu'il constitue et incarne un préjudice, un mal souffert ou tout au moins possible, une violation totale ou partielle du domaine juridique d'autrui et nullement en tant qu'il révèle une intention perverse, immorale, dangereuse.

29. Voilà le principe et voici, à l'égard de la tentative, à quelles conséquences importantes ce principe aboutit. Comme le crime consommé et malgré l'absence de tout préjudice, la tentative apporte dans l'harmonie sociale un trouble certain. Sans doute elle n'entraîne pas un dommage réel et effectif, elle n'est pas la distinction d'un droit, mais elle est une attaque contre ce droit, et par là même elle implique un danger pour celui contre qui elle est dirigée : cela suffit, une répression doit intervenir. Seulement cette répression va se trouver tout naturellement soumise à certaines conditions (nous venons de le voir) découlent du fondement même de l'incrimination, et sans lesquelles la tentative ne saurait avoir elle-même d'existence légale et juridique, et voici ces conséquences : tout d'abord, puisque la tentative n'est punissable qu'à raison du danger matériel qui en résulte pour le droit d'autrui, il ne suffit pas, pour lui donner une vie juridique, et la rendre punissable, que l'agent ait eu la volonté d'attenter à ce droit. Il ne suffit pas davantage qu'il

ait manifesté au dehors d'une façon certaine et irrévocable cette volonté coupable, — soit par une simple déclaration de son dessein, soit même par l'accomplissement de certains actes destinés et tendant effectivement à l'exécution, à la réalisation du crime voulu, — ces actes préparatoires que nous cherchons à étudier. Il faut encore que les actes accomplis constituent une attaque effective, une mise en péril véritable, pour ainsi dire matérielle, de l'état de choses ou plutôt du droit qu'il entendait méconnaître, détruire ; il faut un acte, comme nous l'avons vu, qui commencera l'exécution du crime.

30. Dans la conception *subjective* ce que l'on prend en considération, c'est surtout l'élément subjectif, c'est-à-dire *l'intention de l'agent*. Le dommage, la destruction du droit particulier ou son attaque ne sont que des conséquences, il faut remonter à la cause qui les a produites, et cette cause, c'est la volonté criminelle. La véritable source du trouble social, et par là même, le pourquoi de la répression n'est pas dans le délit, mais dans le délinquant. Sans doute, de même que tout à l'heure, nous constatons l'impossibilité certaine de sévir contre un fait, en soi dommageable ou dangereux, s'il n'était accompagné de la volonté criminelle de l'agent, ici encore, il ne peut s'agir de réprimer cette volonté en dehors de toute manifestation extérieure. La loi ne doit nullement les punir, ces actes à raison

de leur gravité matérielle et objective, du plus ou moins de mal effectif ou de danger qu'ils ont entraîné; ce qu'elle doit voir en eux, c'est la manifestation d'une intention, d'une résolution criminelle. A travers les faits, c'est cette résolution perverse et dangereuse qu'il s'agit d'atteindre. Ce qu'il faut réprimer, ce n'est pas le fait extérieur accompagné de la criminalité de l'agent; c'est cette criminalité elle-même, révélée et prouvée par des actes extérieurs. Voilà le véritable point de vue, et le seul acceptable, puisque le concept objectif aboutit à ne réprimer jamais la tentative. C'est la théorie la plus logique et la plus rationnelle, puisqu'elle est conforme à la mission vraie de la loi pénale, au but pratique qu'elle poursuit.

31. La peine est la répression d'un trouble social, et ce trouble n'est autre chose qu'un phénomène de la conscience publique et générale, c'est le choc porté par tel acte déterminé à tout cet ensemble de convictions, de sentiments, qui à un moment donné constitue l'état d'âme d'une société, sa conscience. Quand un pareil fait se produit, le sentiment général heurté, se soulève et réagit contre son auteur; si le choc atteint un certain degré d'intensité, cette réaction se fait pénalité. La peine est l'expression des réactions diverses éprouvées par la société à la suite d'une transgression de la loi, en tant qu'elles aboutissent à certaines mesures appliquées par la société à l'au-

teur de la transgression (1). Le sentiment du juste, cette notion indéniable parce qu'elle s'affirme à tout moment avec l'évidence d'un fait nous fait bien distinguer les actions bonnes et justes des mauvaises et injustes ; et aux premières il envoie l'amour, l'éloge, l'estime, aux secondes, la haine, le blâme, le mépris. Celui qui fait le bien mérite et la société multiplie pour eux, qu'elle considère comme ses bienfaiteurs, les formes de récompenses. Celui qui fait le mal démérite et la société multiplie également les formes du châtiment. L'une ou l'autre de ces actions vient-elle à se produire, le sentiment public se soulève, et au nom de la justice, réclame la punition de son auteur.

32. Mais cette première cause de réaction resterait sans effet sans une autre plus puissante encore qui est le sentiment d'utilité. La société crée la peine parce qu'elle est utile ; elle est une mesure d'intimidation, de prévention. Eh bien quand ces deux sentiments de justice et d'utilité seront assez violemment heurtés, à quelle hauteur de la perpétration de l'acte criminel, doit s'attacher, cette réprobation sociale, à quel moment vont-ils réclamer l'application d'une peine sociale ? Ce qui soulève le sentiment moral de la société ; d'autre part, ce contre quoi l'intérêt public réclame, ce n'est pas autre

1. E. Gauckler. « De la peine et de la fonction du droit pénal. » (*Archives de l'anthropologie criminelle*, t. VIII, 1893. p. 341 et suiv., 453 et suiv., spécial 346.)

chose que la formation, l'existence constatée et certaine, d'une volonté, d'une résolution criminelle. La méconnaissance du juste réside dans le fait d'avoir voulu exécuter cet acte et non dans le fait même d'avoir causé tel ou tel préjudice. Enfin, quel sera donc, dans une semblable conception, le premier moment, l'acte initial de la tentative punissable ? Les objectivistes nous ont dit : C'est le premier acte en soi dangereux pour le droit particulier que l'agent voulait détruire ou léser, c'est l'acte qui, dans sa matérialité, contient, en puissance tout au moins, la méconnaissance de ce droit, c'est l'acte qui est en soi la cause du résultat et rend irrévocable par là même l'attaque au droit. Nous répondrons par une formule plus claire : Le premier acte de la tentative punissable, *c'est l'acte qui consomme l'irrévocabilité de l'intention, de la résolution criminelle*. Telles sont bien, à l'égard de la tentative, les conséquences du concept subjectif. La volonté, disons-nous, est à considérer, toujours et partout, à quelque système philosophique que l'on s'attache.

33. Toutefois, sur ce point, quelques-uns ont fait entendre des dénégations particulièrement énergiques, sur lesquelles nous devons dire deux mots. Il s'agit de *l'école anthropologique italienne*, plus spécialement encore de *l'école lombrosienne*. D'après cette école, l'intention criminelle par elle-même n'a de valeur propre, car elle est soumise à une déter-

mination impérieuse et fatale ; elle n'est plus une cause initiale d'action, mais simplement l'effet, le produit, la résultante des phénomènes antérieurs. La volonté n'est plus qu'un cas particulier de la loi générale de causalité, elle naît sous la pression de mobiles et de motifs qu'elle continue purement et simplement : c'est donc à ses motifs qu'il faut remonter et tout autant aux causes de ces motifs, causes qui se résolvent toutes dans le tempérament de l'agent.

D'après l'école lombrosienne, le crime est un phénomène physiologique ou mieux pathologique (1).

L'individu est fatalement ce que le font ses antécédents héréditaires, sa constitution, son organisme physique. Le critérium de la criminalité doit donc être lui aussi, pathologique.

La question n'est pas de savoir si l'agent a perpétré certaines actions dommageables, qualifiées criminelles par la loi, ni même s'il a eu la volonté ; l'acte n'est rien, la volonté n'est rien, le tempérament est tout. C'est contre lui qu'il faut se garer et sévir, et le juge a en main les éléments nécessaires à l'accomplissement de cette nouvelle mission.

Le tempérament criminel tient à des particularités physiologiques, à des anomalies ; leur ensemble

1. Cf. les ouvrages de Lombroso : *L'homme criminel* (tr. fr. Regnier et Bournet). *Nouvelles recherches de psychiatrie et d'anthropologie criminelle* ; *L'anthropologie criminelle et ses récents progrès*, etc.

constitue une caractéristique sûre, un critérium certain d'appréciation. Malheureusement on sait ce qu'est devenu le fameux type criminel, on sait les attaques dirigées contre lui dès le congrès de Rome (1885), puis à Paris en 1889, on sait enfin, sa chute, sa déroute définitive au congrès de Bruxelles en 1892.

34. Certes, les anomalies, existent bien chez quelques criminels, mais elles ne constituent pas une règle immuable, constante, elles varient d'individu à individu, elles se retrouvent chez des gens parfaitement honnêtes. Le critérium est d'une insuffisance certaine (1). Il y a quelques dizaines d'années, un célèbre phrénologiste voulut visiter à la prison de la Force un certain nombre d'assassins. Il y va ; il trouve le directeur de la prison, homme d'esprit, qui lui fait un excellent accueil et commence par l'inviter à déjeuner. Monsieur, dit-il au disciple de Gall, en attendant que nous soyons servis, ne vous plairait-il pas de jeter un coup d'œil sur les infirmiers que voilà et dont je voudrais bien connaître l'horoscope ? La proposition est acceptée, on palpe minutieusement quelques crânes, on n'y trouve rien de remarquable. On se met à table, on mange, on cause, puis voyant que la journée s'avanceit : « Et mon inspection ? »

1. Farde. *La criminologie comparée*, ch. I, § 35 ; Proal, *Le crime et la peine*, p. 290 et s. Vidal, *Les principes fondamentaux de la pénalité*, p. 483 et s., 504 et s.

demanda le phrénologue. « Votre inspection ! il y a longtemps qu'elle est faite, répondit le directeur. Ces infirmiers que j'ai eu l'honneur de vous présenter, c'étaient les assassins sous un costume qui leur permit de paraître devant vous. » C'est un fait également connu dans l'histoire de la phrénologie que le crâne de Napoléon ne présentait que les dimensions d'un crâne ordinaire, et qu'il a été impossible d'y découvrir aucun des organes qui auraient dû être le siège de son génie soit politique, soit militaire. D'un autre côté, sur la tête d'un obscur chanoine, qu'on croyait être celle de Raphaël, on a signalé toutes les facultés qui appartiennent au prince de la peinture. Pour savoir ce que vaut cette école quand elle explique le crime, demandez-vous comment elle explique le génie. Le génie, pour elle, est une excitation morbide, une maladie inflammatoire du cerveau et du système nerveux, ou pour mieux dire « le génie est une névrose ». Les plus illustres d'entre les poètes, les orateurs, les artistes, les philosophes, ne sont que des malades. L'humanité leur doit plus de pitié que d'admiration. Le critérium est donc d'une insuffisance certaine. La première base, le premier point d'appui possible de la responsabilité et de la répression, c'est est ce sera toujours le fait de volonté.

25. Après avoir plus ou moins expliqué les deux concepts, objectif et subjectif et les principes sur lesquels ils reposent, nous devons nous demander :

qu'est-ce que l'exécution, qu'est-ce que la préparation d'une infraction, quel est le *critérium de distinction*, à quel signe reconnaître une de l'autre ; et comment ce problème capital est-il résolu par les partisans de ces deux opinions, *objective* et *subjective* ; question de toute importance ; car comme nous l'avons vu, le point de départ de la tentative, c'est l'acte d'exécution, ce n'est pas l'acte préparatoire.

Un premier point nous est acquis ; ce critérium n'est certainement pas un critérium purement subjectif. Le législateur n'a pas entendu punir toute action quelconque dirigée vers le crime, a plus forte raison toute manifestation d'une résolution criminelle certaine. Aurait-il donc fait accueil au concept objectif ; l'acte d'exécution serait-il celui-là qui, relié au but poursuivi par un rapport de causalité, contiendrait pour le droit attaqué, un danger en quelque sorte matériel ? Non, évidemment ; de semblables idées sont manifestement étrangères au législateur. Nous savons, du reste, qu'elles ne correspondent à aucune réalité véritable ou du moins matériellement observable. Le législateur qui a incriminé la tentative ne s'est certainement pas inspiré d'une semblable conception. Aussi, la doctrine, en général, semble-t-elle n'avoir jamais admis ni l'un ni l'autre de ces deux points de vue. La thèse, que les Italiens expriment par l'expression intraduisible de

l'univocita des actes d'exécution, est plutôt une conciliation de deux conceptions précédentes.

36. L'acte d'exécution nous dit-on, est celui-là qui à lui seul, *dans sa matérialité et sans qu'il soit nécessaire de la rechercher dans aucune circonstance extrinsèque, manifeste l'intention de l'agent*, le but criminel qu'il poursuit ; par exemple le voleur a mis la main sur les objets qu'il veut voler. Nul doute, dans cette hypothèse il y a tentative parce que la soustraction même, c'est-à-dire le fait matériel constitutif du vol est commencé. La répression doit intervenir ; elle reposera sur une certitude, car l'intention criminelle apparaît avec évidence.

Tout au contraire l'acte préparatoire est équivoque ; il n'a pas de signification précise ; il ne révèle pas l'intention déterminée de l'agent ; il n'autorise même pas à dire qu'un crime quelconque va se commettre. C'est par exemple, le fait d'acheter du poison ou une arme. L'auteur d'un simple acte préparatoire a une latitude autrement large, celle de changer de volonté ; tandis que l'auteur d'un acte d'exécution ne peut plus nier sa volonté, mais simplement se désister. Les actes d'exécution sont si intimement liés avec le délit qu'à leur seule inspection, on doit, en principe, se rendre compte de l'infraction que l'agent avait entreprise.

37. En apparence ce critérium paraît excellent mais au fond, il est inacceptable ; car il ne s'agit plus

de rechercher dans les faits l'existence d'un danger objectif, ni entre ces faits et le résultat visé, un rapport matériel de causalité; on s'en tient au rapport intentionnel des faits accomplis et du but cherché; c'est l'intention de l'agent dont on demande aux actes réalisés la révélation; car il ne faut pas oublier que, dans la répression de la tentative, c'est avant tout la volonté criminelle, manifestée par des actes extérieurs, que la loi pénale veut atteindre.

Envisagé dans sa seule matérialité, une action quelconque ne manifeste de façon certaine aucune intention rigoureusement déterminée. Abstraction faite de l'intention, l'acte accompli n'indique point le but vers lequel il tend.

Logiquement la répression devrait donc être écartée en matière de tentative.

Aussi bien ce critérium : envisager l'acte dans sa seule matérialité, abstraction faite de circonstances externes, ne correspond dans la réalité des faits à rien d'établi, à rien de précis.

On ne peut pas s'arrêter uniquement à la nature de l'acte pris en lui-même, sans rapprocher *extrinsecus* cet acte de circonstances et du but que poursuivait l'agent. On ne voit pas comment il serait possible d'isoler aussi le fait criminel des circonstances qui l'entourent, et en font pour ainsi dire partie intégrante; car si la preuve d'une résolution criminelle est acquise, il n'en résulte point que l'agent se soit

avancé dans la voie du crime jusqu'à la hauteur du commencement d'exécution.

38. Il peut arriver que des tentatives réellement existantes demeurent impunies à raison d'une insuffisance de preuve du dessein criminel, bien que les actes accomplis constituent un commencement d'exécution véritable. Et, à l'inverse, les actes accomplis peuvent convaincre l'agent de tel dessein criminel, et partant ne constituer point le commencement d'exécution incriminé.

L'intention de l'agent et le commencement d'exécution sont deux choses distinctes. Nous nous refusons à voir dans le fait que l'intention résulte de tel acte donné la preuve certaine que cet acte est bien le commencement d'exécution ; mais ces deux éléments, l'intention et le fait, se précisent l'un et l'autre dans cette forme d'incrimination et les rend inséparables. Prise à la lettre cette prétention de faire surgir l'intention de la seule matérialité des actes accomplis n'aboutirait à rien, qu'à l'impunité plus ou moins complète.

C'est toujours le système objectif, mais sous un autre aspect, et sous une autre forme.

Aux indications qui relativement à l'intention de l'agent, ressortiront de la nature même des actes accomplis, le juge lui aussi se gardera donc bien d'attacher une valeur décisive ; il n'y saurait y trou-

ver un élément de décision, un critérium de distinction, d'une certitude et d'une valeur absolue.

39. — C'est ainsi que sur l'inspiration du concept subjectif on a dit : ce qu'il faut punir dans la tentative, c'est bien *une intention*, mais une intention qui s'est affirmée, manifestée dans un acte, et *dans un acte qui en consomme l'irrévocabilité*. Tant que la volonté ne s'est point manifestée dans un acte semblable, toute certitude manque, car nul ne pourrait affirmer qu'elle ira jusqu'au bout dans le chemin du crime.

Eh bien cet acte qui rend la volonté matériellement irrévocable c'est le commencement d'exécution. Mais entre le point de vue où il s'agit de volonté irrévocable, et celui que nous exposons tout à l'heure, il n'existe pas une différence bien sensible, car ou bien l'on entend parler d'une volonté irrévocable, et alors tant que la volonté criminelle n'est point établie et déterminée, il peut y avoir désir, projet ; mais la résolution criminelle n'existe pas, de même, l'opinion précédente ne disait point autre chose ; elle parlait d'une volonté certaine ; mais c'était parler par là même, de volonté bien établie, résolue, en un mot de volonté criminelle.

Ou bien il s'agirait d'une volonté matériellement irrévocable et alors nous nous permettrons de dire qu'aucun acte de tentative pris en lui-même et dans sa matérialité fût-il aussi rapproché qu'on voudra le

supposer de la consommation du crime, ne permettra d'affirmer l'existence d'une volonté coupable à jamais irrévocable. L'acte d'exécution n'est pas celui-là qui révèle en lui-même, dans sa matérialité, l'intention certaine, irrévocable, d'accomplir tel crime déterminé. Par conséquent, le système qui nous propose un tel critérium n'est pas acceptable.

40. Il faut donc rechercher autre chose, et c'est ici que vont nous apparaître les différentes opinions de la doctrine courante.

L'acte d'exécution, nous dit-on, c'est *la mise en œuvre* des moyens, dont l'agent a résolu de se servir, les actes préparatoires en sont la recherche⁽¹⁾. L'acte d'exécution, dit-on encore, *c'est un acte voisin, rapproché de la consommation du crime* (2).

C'est un acte qui tend *directement et immédiatement au but que poursuit l'agent* (3), il est relié à l'infraction voulue par un lien *nécessaire et forcé*, par là même il *fait partie intégrante* de cette infraction, laquelle, sans lui, cesse de se concevoir comme possible (4). Donc pour déterminer avec précision

1. Cf. Lacointa, *op. et loc. cit.*, p. 443.

2. Cf. Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 50. Nicolini, *op. et loc. cit.*, p. 255 et s.

3. V. Rossi, *op. cit.*, t. II, p. 265, 267.

4. Cf. E. Villey, *Précis*, p. 89, qui ajoute : Prenez dans son ensemble l'infraction que l'agent se proposait de commettre, telle qu'elle est définie par la loi, et demandez-vous si l'acte en question en fait partie ; si oui, c'est un acte d'exécution, si non, ce n'est qu'un acte préparatoire.

le point initial de la tentative le juge recherchera quelle infraction l'agent avait l'intention de commettre, ce qui sera une question de pur fait à examiner et à résoudre d'après les circonstances de la cause et appréciée souverainement par les juges ; et ensuite si l'acte accompli est un commencement d'exécution de l'infraction voulue par l'agent, ce qui sera une question de droit. Mais à ce dernier point de vue, la loi n'exige pas qu'il y ait un rapport de causalité, résultant de l'acte lui-même, avec l'infraction que l'agent veut réaliser : ce qui est nécessairement suffisant, c'est que l'acte tende directement et immédiatement à l'accomplissement du crime, et qu'on puisse dire de l'agent qu'il est dans la période d'exécution de son dessein criminel (1).

41. Nous voyons qu'en effet le législateur n'a pas pris soin de spécifier les hypothèses de fait dans lesquelles il y aurait tentative, puisqu'il s'est contenté de définir cette tentative par un terme vague, celui de « commencement d'exécution ». En effet si nous remontons aux travaux préparatoires du Code français, nous n'y trouverons point des faits auxquels, selon nous, le législateur aurait fait allusion et qu'il aurait entendu comprendre dans la formule générale de « commencement d'exécution » ; mais nous y voyons autre chose, ceci : le législateur en cette

1. Garraud, *Traité*, t. I, p. 382, n° 199.

matière de tentative a repris le système existant déjà et l'a consacré de nouveau. Ainsi le législateur de 1810 fait siennes les dispositions de la loi de prairial an IV. Mais comme le Code de 1791 ne punissait que deux tentatives, celle d'assassinat et celle d'empoisonnement, le législateur constata qu'une impunité si large multiplie les criminels, il se demanda si ces faits que le Code de 1791 punit en matière d'assassinat et d'empoisonnement, il ne conviendrait point de les déclarer punissables dans tous les autres crimes, vol, incendie, par exemple ; c'est-à-dire d'élargir le domaine d'application de la tentative déjà punissable ; de punir cette même tentative dans un nombre plus considérable d'hypothèses, sans pourtant toucher à sa définition. Le concept reste ce qu'il était antérieurement et par conséquent c'est à la législation antérieure qu'il faut remonter.

42. Le Code de 1791 punit, nous le savons, des faits matériels étroitement décrits, spécialement déterminés. La tentative d'assassinat, c'est l'attaque à la personne ; la tentative d'empoisonnement, c'est l'administration du poison. Ce sont des actes matériellement précisés en dehors desquels il n'est pas de répression possible. Eh bien, ce sont ces mêmes faits qu'ont entendu punir et le législateur de prairial et celui de 1810.

Toute la différence consiste en ce que ces actes seront punis dorénavant d'une façon générale, quel que

soit le crime voulu par l'agent ; et c'est pour cela que le législateur ne peut plus reproduire les termes mêmes du Code de 1791 relatifs aux seules hypothèses d'assassinat et d'empoisonnement ; il emploie alors une expression plus vague, celle de *commencement d'exécution*. Il nous sera facile maintenant de préciser, en droit positif, les actes constitutifs de la tentative punissable ; et nous allons prendre d'abord les deux exemples fournis par le Code de 1791, et pour le législateur de 1810 ; nous n'avons qu'à les généraliser.

43. Le Code français de 1791 nous fournit deux exemples : en matière d'assassinat la tentative se caractérise par l'attaque de la personne, en matière d'empoisonnement par l'administration du poison, c'est encore l'attaque de la victime, les deux expressions correspondent à une même idée.

Eh bien, généralisons cette idée et nous dégageons les solutions suivantes :

Il n'y a pas de tentative de meurtre, d'empoisonnement, de vol, dans le simple achat d'une arme, de substances toxiques, d'une façon générale dans la simple acquisition des moyens.

Point de tentative dans le fait de l'assassin qui charge son arme, de l'empoisonneur qui prépare le mélange toxique, le verse dans la coupe ou dans les aliments, mais sans se dessaisir de cette coupe, de ces aliments, sans les mettre à la disposition de la

victime. Ces actes sont des actes préparatoires et par conséquent impunissables (1).

Point de tentative, enfin, dans le fait de s'avancer ou de se trouver sur le lieu où on se propose de commettre le crime ; par exemple, l'assassin se poste pour guetter sa victime, l'empoisonneur s'avance porteur de mets empoisonnés qu'il va présenter à la victime.

Point de tentative dans tous ces cas, car jusque-là l'agent n'a rien commencé de son attaque contre la personne ou la chose sujet passif de l'infraction.

Faut-il donc, pour qu'il y ait tentative que l'assassin ait déjà frappé et blessé sa victime, que celle-ci ait absorbé une partie du poison ?

En aucune façon. La tentative est suffisamment caractérisée, si l'assassin, prêt à frapper, le bras armé d'un poignard, s'élance sur son ennemi, à plus forte raison, s'il s'est jeté sur lui.

La tentative existe si l'empoisonneur présente à sa victime la coupe ou les aliments empoisonnés (2).

La tentative existe encore si le voleur par exemple étend la main vers l'objet qu'il veut soustraire, parce que la soustraction même, c'est-à-dire le fait matériel, constitutif du vol, est consommé.

1. Cf. Dalloz. *Tentative, crimes et délits contre les personnes*, n° 101. Tilley *précis*, p. 89.

2. Cf. Cass. 17 décembre, 1874, S. 75, L. 385, Champcommunal, *op. et loc. cit.*, p. 55.

On peut aller encore plus loin. Le commencement d'exécution existe quand le criminel aura accompli quelque escalade et effraction ; cependant il n'y a pas beaucoup d'auteurs qui se rangent à cet avis.

Quelques-uns, qui s'inspirent du système objectif, disent que l'escalade et l'effraction extérieures ne peuvent jamais être des actes d'exécution, puisqu'il n'y a aucun rapport de causalité entre un crime déterminé et ces actes, et qu'on ne peut les qualifier que par la connaissance acquise *extrinsecus* du projet criminel (1).

Ils disent que ce sont là de simples circonstances aggravantes, restées en elles-mêmes impunies, réclamant pour tomber sous le coup de la loi l'existence préalable d'un acte en dehors d'elles punissable ; c'est-à-dire d'un crime consommé ou au moins tenté.

D'autres enfin font la distinction suivante : L'escalade et l'effraction ne constitueraient un commencement d'exécution que du seul crime du vol.

Accomplies dans tout autre but, pour tuer, violer, par exemple, ces deux circonstances ne seraient plus que des simples actes préparatoires, exclusifs de toute répression (2). C'est ce système que paraît

1. Laborde. *op. cit.*, n° 104. — Molinier, *Traité de droit pénal*, t. II, p. 59. — Chaveau et Hélie, *op. cit.*, n° 256. — Champcommunal, *op. cit.*, p. 56.

2. V. Garraud, t. I, p. 287, t. V, p. 95, 96. — Blanche, *op. cit.*, t. I, n° 12. — Lainé, *op. cit.*, n° 150.

suivre la jurisprudence (1). Cette distinction varie suivant les auteurs sous l'influence des formules générales par lesquelles chacun caractérise l'acte d'exécution.

Si l'escalade et l'effraction, nous dit-on, sont un commencement d'exécution du seul crime du vol, c'est que ces faits tendent directement, immédiatement au vol, étant avec lui dans un extrême voisinage, dans une liaison étroite ; c'est qu'ils font partie intégrante d'une infraction légale déterminée ; c'est que de tels faits pris en eux-mêmes manifestent chez l'auteur l'intention de voler, et non une autre ; et c'est la seule façon de les expliquer.

Le législateur a rattaché ces deux circonstances au fait de vol et il a créé un titre particulier d'incrimination, de vol qualifié, le vol avec escalade et effraction.

Par conséquent commencer cette escalade, cette effraction, c'est donc commencer le fait même prévu et puni par la loi, c'est faire acte de tentative.

Mais la loi n'a rien fait de semblable à l'égard des autres actes criminels, elle ne connaît point un assassinat, un viol avec escalade et effraction.

Dans une pareille situation, l'agent se trouve

1. Cass. 11 juin 1810. S. coll. nouv. 5, I, 487. — Cass. 1^{er} mai 1879 (S. 80, I, 233) et la note. — 29 décembre 1879. (S. 80, I, 336). — 16 juillet 1885 (S. 87, I, 95).

entièrement en dehors de l'infraction légale ; il n'a point commencé son exécution.

44. Malgré tout, cette distinction reste injustifiée ; car si habituellement, l'effraction et l'escalade ont pour but le vol, cela est certain ; mais il n'y a là rien d'absolu et de nécessaire. Ces deux circonstances ne sont rationnellement ni plus ni moins décisives dans un cas que dans l'autre ; et on peut ajouter qu'elles ne sont ni plus ni moins voisines, rapprochées du vol que de tout autre crime. La prétendue identité de nature constatée entre l'effraction et le vol, existe en réalité tout autant entre l'effraction et n'importe quel autre crime. Mais, dit-on, l'escalade et l'effraction ont été réunies par la loi à l'acte de vol et non à d'autres faits punissables ; elles font dans cette mesure seulement, partie *intégrante* d'une infraction spécialement déterminée. Ce motif nous paraît encore dénué de toute force probante ; car si le législateur a fait de l'effraction et l'escalade deux circonstances aggravantes du vol, il nous semble avoir visé un but tout différent ; il a entendu à raison de ces deux circonstances, qui attestaient chez l'agent une perversité plus grande, déclarer qu'elles entraîneraient pour l'agent une répression plus sévère. Il a entendu trancher une simple question de pénalité, il n'a entendu en rien modifier du même coup la notion du fait du vol, soit consommé soit tenté. Cette notion subsiste, absolument

identique, quelles que soient les circonstances dans lesquelles ce vol est accompli.

45. En tous cas laissons de côté ces dispositions des articles 381 Code pénal français qui sont absolument étrangères à notre discussion, et résolvons la question par l'interprétation de l'article 2 du Code pénal français.

C'est toujours à la loi de prairial que nous demanderons la portée exacte du texte actuel.

Des hommes, dit *Pastoret*, sont trouvés dans une maison qui n'est pas la leur, ayant des fausses clefs, d'autres sont entrés la nuit par une échelle encore suspendue, dans ma cour, dans mon jardin. et on les y découvre munis d'instruments dont ils commençaient à faire usage, pour ouvrir une porte, pour briser la serrure d'une fenêtre; d'autres s'introduisent furtivement et armés, dans une chambre, ils y sont cachés derrière un meuble, dans une armoire, dans un lit, d'autres ont commencé une effraction; aucun d'eux n'a dérobé: ces divers délits, plus ou moins avancés, échapperont-ils tous à la punition des lois. parce que le coupable n'aura pas eu le temps de consommer entièrement son crime?

D'autres enfin, s'introduisent la nuit dans une propriété nationale, dans la maison commune du lieu qu'ils habitent, pour y brûler les papiers publics qu'elle renferme. Ils ont avec eux tout ce qu'il faut pour allumer un incendie, déjà le feu va prendre. On

surprend les auteurs, on les arrête ; seront-ils pareillement impunis ?

Point de doute ; pour le législateur, l'effraction et l'escalade constituent bien un commencement d'exécution non seulement du vol et de l'incendie, mais de tout crime quelconque ; elles font partie de l'attaque à la personne ou au droit prévue par le Code de 1791.

La loi du 29 nivôse an VI ne fit que rappeler et confirmer les dispositions antérieures en déclarant dans son article 3 que : « ceux qui seront convaincus de s'être introduits dans des maisons habitées à l'aide d'effraction extérieure ou d'escalade seront aussi punis de mort, lorsqu'il apparaîtra d'après les circonstances du fait, qu'ils avaient le dessein d'assassiner ou de voler, lors même que ces derniers crimes n'auraient pas été consommés. » La pensée du législateur de 1810 est la même. On peut ajouter encore toute *introduction même pure et simple* de l'agent dans le lieu où il se propose d'exécuter le crime.

46. Quant à la législation pénale roumaine, nous voyons que l'article 310, punit le vol avec effraction, mais seulement dans le vol exécuté, consommé ; à l'égard de la tentative il n'en fait aucune mention.

Il en résulte que la tentative du vol avec effraction est sans pénalité dans la législation roumaine.

L'effraction ne constitue qu'un délit *sui generis* et

comme tel puni par l'article 352 du Code pénal roumain.

Mais si nous nous rapportons à l'article 308, nous voyons que le législateur punit le vol simple et la tentative de ce vol ; ce qui a déterminé certains pénalistes roumains à soutenir que le législateur a entendu par cet article punir aussi les tentatives des autres variétés de vol qui ne sont que des vols avec des circonstances aggravantes, comme le vol avec effraction l'est lui-même.

Il est vrai que l'article 309 dans chacun de ses quatre alinéas traite une espèce différente de vol avec circonstances aggravantes, mais pour chacune d'elles il a prévu expressément la tentative.

47. Nous voyons donc que, bien que le législateur ait été peut être illogique et irrationnel, en punissant la tentative de vol simple et en laissant impunie la tentative de vol avec effraction qui est encore plus grave, nous ne pouvons pas admettre l'opinion de ces pénalistes qui, par une simple déduction d'analogie, veulent punir la tentative de vol avec effraction ; car si la loi pénale, comme toute loi, présente souvent des lacunes, ces lacunes étant de droit strict, nous ne pouvons pas les combler par des simples interprétations (1).

48. Nous prenons encore un exemple fourni par

1. Tr. Jassy, I, 9 juin 1883, Dr. 54-82-83, p. 442.

le Code pénal français de 1791. Il s'agit d'une action criminelle prévue par la loi, celle où l'agent entend, non accomplir lui-même tous les actes nécessaires à la production immédiate du résultat criminel, mais où il laisse à la victime l'accomplissement du dernier acte d'où doivent naître les conséquences criminelles par lui voulues.

La tentative d'empoisonnement réside, nous dit-il, non seulement dans l'administration du poison, mais encore « *dans le mélange du poison aux aliments ou breuvages spécialement destinés soit à l'usage de la personne contre laquelle l'attentat était dirigé, soit à l'usage de toute une famille, société ou habitants d'une maison, soit à l'usage du public.* » Ce que la loi punit à titre de tentative, c'est *la mise du poison à la disposition de la victime.*

Dans le cas d'usage du poison par le public, une famille, une société, c'est l'empoisonnement d'une source, d'une fontaine ; c'est l'empoisonnement d'une eau qui se trouve à la disposition effective de la victime, que la loi a entendu punir. Ce n'est pas le simple mélange en lui-même que la loi a entendu punir ; c'est quelque chose de plus, c'est un arrangement des moyens placés à la disposition de la victime désignée. Et c'est le même fait que la loi entend punir s'il se produit à l'égard d'un individu déterminé. Le commencement d'exécution ici encore ne sera donc pas le seul fait d'empoisonner les aliments ou les breu-

vages, mais le fait de les empoisonner, alors qu'ils se trouvent ou que l'agent les met à la disposition de la victime (1).

S'il s'agit d'incendie, dans le fait que l'agent dispose les matières inflammables de telle sorte que, sans autre participation de sa part, l'incendie doive probablement avoir lieu, il y aura tentative ; à plus forte raison s'il y a mis lui-même le feu.

Il en sera de même si l'anarchiste a disposé son engin en un endroit quelconque où il sait qu'un tiers le renversera et provoquera l'explosion.

De même encore le fait de remettre à la poste une lettre explosive, disposée de façon à éclater lors de son ouverture et à blesser, peut-être à tuer le destinataire.

De même encore de l'assassin qui guettant sa victime au passage l'a couchée en joue, mais a été empêché de tirer parce que son arme est relevée par un tiers (2) ; elle sera mieux caractérisée si l'assassin s'est élancé sur sa victime, l'a saisie ; mieux encore s'il l'a frappée.

C'est ici que nous retrouvons pour les examiner en elles-mêmes les différentes formules par lesquelles

1. Garraud, t. IV, n° 275. — Rossi, t. II, p. 299. — Bertauld, p. 210, com. cass., 29 juill. 1861 (D. 61.1.405), 17 déc. 1877 (S. 75.1.385) et la note.

2. Comp. Paris, 28 juillet 1848 (D. 49.2.166) et la note.

les la doctrine caractérise en général l'acte d'exécution.

Prises à la lettre ces formules sembleraient bien traduire la conception suivante : Pour fixer la limite entre les actes préparatoires et les actes d'exécution, il paraîtrait qu'il soit possible de s'en tenir à l'examen du côté purement matériel et objectif des faits accomplis.

Un acte quelconque, serait par sa nature même fait de préparation ou fait d'exécution. Le commencement d'exécution serait un point fixe de l'action criminelle, un acte déterminé d'une façon absolue et pour toute hypothèse. Or, cette conception est absolument inacceptable. Le législateur français lui-même ne s'en est point inspiré.

49. Voilà par exemple le cas de l'empoisonneur qui laisse le breuvage toxique à la disposition de la victime ; c'est là un commencement d'exécution, mais à une condition cependant que l'agent l'ait fait sciemment, sachant et voulant qu'à telle heure par exemple, la boisson empoisonnée se trouvant à telle place, la victime désignée viendra la prendre et s'empoisonner elle-même ; mais si l'agent n'a pas entendu procéder de cette façon, s'il se propose d'administrer lui-même le poison, mais que, l'ayant par mégarde laissé à la disposition de sa victime, celle-ci l'ait absorbé, l'acte peut constituer un fait d'imprudence, et avoir des conséquences pécuniaires.

res et pénales ; mais il n'est pas un commencement d'exécution du crime d'empoisonnement volontaire, car dans une hypothèse semblable, le commencement d'exécution, c'est l'attaque, c'est-à-dire le fait d'administrer soi-même, la substance empoisonnée.

50. On voit donc par là, que le commencement d'exécution n'est pas un point immuable dans toute action criminelle ; il peut revêtir une nature différente suivant les circonstances. On aperçoit qu'un élément absolument nécessaire doit intervenir ; c'est l'intention portant non pas sur le but final poursuivi, mais sur les moyens, pour préciser davantage, sur la part qu'il a résolu de prendre dans sa réalisation.

Voilà justement ce qui contribue à déterminer la valeur exacte des actes.

Mais il s'agit ici seulement d'une seule catégorie d'hypothèses, celles où l'agent a entendu accomplir lui-même tous les actes devant amener la réalisation immédiate des conséquences criminelles par lui recherchées. Considérons l'acte en lui-même, on le trouvera au sens strict des mots, très rapproché du résultat criminel, il apparaîtra comme la mise en œuvre des moyens, l'acte auquel s'attache l'efficacité criminelle. Mais en sortant de ces hypothèses nous voyons combien ces différentes formules deviennent peu satisfaisantes. L'agent a mis le poison à la disposition de la victime, mais en dépit de

son intention, la victime peut être restée longtemps, très éloignée de la coupe où le poison a été préparé. Dans un cas semblable, ce n'est pas l'agent lui-même qui réalisera la mise en œuvre, c'est bien plutôt la victime elle-même. Par conséquent, cette idée de *mise en œuvre* étant peu satisfaisante, il faudrait la remplacer par celle d'*agencement achevé des moyens*.

Le défaut de toutes ces formules procède du fait, qu'elles n'envisagent qu'un cas spécial ; elles partent d'un point de vue trop étroit. Or, la conception que nous devons dégager, doit être générale et viser toutes les hypothèses réalisables. Nous verrons que le législateur français lui-même nous a fourni les moyens de trouver une notion plus large de la tentative, en nous indiquant la voie à suivre. L'exemple qu'il nous a donné, nous fournira tous les enseignements. Voici donc, ce qui s'en dégage.

51. Un même acte n'a pas toujours et partout une valeur uniforme : suivant les circonstances, il peut être un acte de préparation ou un acte d'exécution ; la détermination du commencement d'exécution d'un crime quelconque ne relève pas uniquement de l'examen du fait, pris en lui-même et dans sa seule matérialité ; mais encore d'un autre élément de toute nécessité, l'intention de l'agent au moment de l'accomplissement. Ce qu'il faut savoir pour déterminer sa valeur exacte, c'est la portée réelle que l'agent lui-même lui attribuait. Et cette

portée dépend du procédé que l'agent entendait suivre pour réaliser ses espérances. Avait-il entendu administrer lui-même la substance toxique, l'acte d'exécution n'existera que par l'attaque à la personne d'autrui, *la présentation du poison*. Entendait-il au contraire, que la victime s'administrât elle-même le poison, c'est-à-dire était-il résolu à borner son intervention à la *simple mise du poison à la disposition de la victime*, c'est ce dernier fait qui constituera le commencement d'exécution.

Par conséquent l'acte d'exécution, c'est *l'acte final et décisif* que l'agent se proposait quant à lui d'accomplir, c'est l'acte qui consomme la part d'action criminelle qu'il s'était réservée.

Eh bien, cette conception, c'est elle, à notre avis, la conception législative exacte du commencement d'exécution. Nous ne disons point que ces solutions en soient le dernier mot, mais de ce que la loi française a fait, c'est cette conception qui en découle. Nous prenons tout d'abord le cas où l'agent a entendu procéder lui-même à l'accomplissement de tous les actes nécessaires à la production immédiate du résultat.

Nous savons par quelles formules la doctrine a répondu. Le commencement d'exécution, c'est *l'acte rapproché ou même très voisin de la consommation, acte tendant directement et immédiatement au résultat criminel, mise en œuvre des moyens*. Mais toutes

ces expressions semblent inacceptables à raison de leur obscurité. Ces formules ainsi que nous l'avons vu, ne sont pas à l'abri d'une critique plus sévère.

52. Logiquement, croyons-nous, l'acte d'exécution c'est l'acte *final et décisif qui constitue et consomme la part d'action que l'agent a entendu accomplir lui-même*. Or, ici l'agent a résolu de tout faire par lui-même. L'acte d'exécution c'est donc le fait lui-même prévu par la loi ; et cela comprend non seulement la réalisation partielle du résultat recherché ; mais encore la réalisation partielle ou même totale de l'acte qui doit produire ce résultat. En un mot, le commencement d'exécution, c'est l'attaque à la personne ou à la chose, sujet passif de l'infraction.

C'est l'expression du Code français de 1791.

53. On va prendre à présent le cas de l'escalade et de l'effraction. Ici se présente une difficulté.

D'une part à raison de la gravité matérielle de ces deux faits, le législateur les a considérés comme faisant partie du commencement d'exécution punissable ; car il faut reconnaître, en effet, qu'ils attestent chez l'agent une volonté arrêtée. D'autre part il faut bien considérer certaines effractions tout au moins comme le commencement du fait même prévu par la loi.

Par exemple, un voleur veut soustraire une

chose, un objet qui se trouve dans un coffre-fort, il en brise la serrure, voilà donc une effraction qui constitue évidemment un commencement d'exécution du fait matériel du vol. L'effraction dans une semblable hypothèse, c'est bien totalement ou partiellement l'attaque à la personne où à la chose. objet de l'infraction,

Voilà donc les idées qui ont attiré l'attention du législateur français et qui d'ailleurs présentent quelque valeur, mais sont-elles pleinement décisives ? Peut-on les admettre dans toute leur plénitude ? Peut-on admettre que le fait d'escalader un mur, de fracturer une porte, que ce soit celle de la chambre ou celle du coffre-fort, constitue une attaque à la victime ou à la chose ? Nous ne le croyons pas. Fracturer la porte de la chambre ou du coffre-fort, ce n'est point commencer le fait de tuer, ni celui de voler, c'est simplement préparer l'attaque, se mettre en mesure de commencer l'exécution d'un crime quelconque.

Comprendre dans l'attaque au droit, l'effraction et l'escalade, c'est peut-être une conception très pratique, mais nullement scientifique. Ce que la loi à notre avis, pourrait et devrait faire, c'est réprimer l'effraction et l'escalade comme des délits *sui generis*, ce que la loi pénale roumaine et suédoise n'ont pas hésité de faire (1).

1. « La loi suédoise : sera puni, s'il n'y a pas eu vol, mais

Après avoir vu la première hypothèse, celle où le coupable a résolu de parcourir lui-même toutes les phases de l'action criminelle qu'il entend accomplir ; nous allons étudier la seconde hypothèse, celle où l'agent a entendu laisser à la victime elle-même le soin d'accomplir l'acte final, d'où doivent découler les conséquences criminelles par lui voulues.

54. Le commencement d'exécution, dans ce cas, ce n'est plus l'attaque directe effective à la victime, c'est le dernier acte que le criminel a résolu d'accomplir lui-même, c'est comme le législateur lui-même l'a dit, la mise du poison à telle place, où l'agent sait que la victime viendra pour l'absorber.

Pour ceux qui s'inspirent du concept objectif, une pareille solution est inadmissible ; car ont-ils dit, tels faits ne contiennent en eux-mêmes et matériellement aucune attaque effective au droit d'autrui, pour la raison que la victime peut rester toujours éloi-

dessein de voler, pour le seul fait de l'effraction, de la peine des travaux forcés pendant six mois au plus.

« Celui qui se sera introduit dans les cours, maisons, etc., à l'aide des violences exercées contre des murs, serrures, etc., dans les cours, maisons, etc., soit en escaladant des murs, cloisons, etc., soit en faisant usage de rossignols ou de fausses clefs, etc.

La loi roumaine par l'art. 352 et la juris. roumaine, Tr. Jassy, I, 9 juin 1883 ; Dr. 54/82-83, p. 443.

gnée de la coupe où le poison a été versé. Pour que naisse le danger matériel, objectif, il faut un acte subséquent qui amène en présence, sur le même terrain, le délinquant et le sujet passif de l'infraction ; ce doit être un danger actuel et présent.

En semblable hypothèse, par conséquent, point de commencement d'exécution tant que la victime n'a pas saisi le poison.

55. Mais nous repoussons cette argumentation ainsi que nous avons repoussé sa conception.

Pourquoi donc, celui qui voulant empoisonner présente lui-même le poison à sa victime, est-il coupable et tombe-t-il sous le coup de la loi, alors que l'autre avec un dessein identique échappe à la répression ? A tous les points de vue moral ou social, la faute ou la gravité du trouble social qui en résulte sont égales, les responsabilités semblables. Mais on pourrait nous répondre que, celui qui a présenté lui-même la substance toxique s'est approché beaucoup plus près de la consommation du crime, que celui qui l'a mise à la disposition de la victime. Il se peut, il est vrai, que matériellement la victime se soit trouvée dans le second cas en un péril moins actuel, moins immédiat : mais la répression en matière de tentative, n'est point la répression d'actes en eux-mêmes matériellement dangereux, mais celle de l'intention ; et c'est cette intention qui joue le rôle principal.

56. Ce qui est considéré dans la tentative, c'est seulement l'*intention* ; le fait n'est d'aucune importance.

L'acte d'exécution, avons-nous dit, c'est l'acte final et décisif qui constitue l'attaque au sujet passif de l'infraction ; mais pour apprécier le caractère décisif des actes accomplis, ce n'est pas au point de vue purement matériel qu'il faut se placer, c'est encore et toujours au point de vue de la volonté, de l'intention du criminel.

Or, dans cette hypothèse, le fait de mettre le poison à la disposition de la victime, constitue bien l'acte final de l'exécution. C'est une façon particulière d'agir, un procédé particulier d'action, que le criminel avait choisi, mais si les procédés diffèrent, cela n'empêche pas qu'ils se valent.

Ainsi donc, pour l'agent, le dernier acte de l'attaque indirecte a toute la valeur de l'attaque matérielle et immédiate, et c'est pourquoi en rejetant la solution inspirée du concept objectif, on considère comme un commencement d'exécution, non seulement l'attaque directe à la victime, mais encore, le cas échéant, *l'agencement achevé des moyens d'attaque*. Le législateur a fait œuvre beaucoup plus rationnelle et plus conforme à la vérité juridique.

57. Le législateur de 1810, comme celui de 1791 a prévu deux hypothèses ; mais il en est d'autres encore à l'égard desquelles les considérations que

nous venons de développer conservent toute leur force. Et voici ce à quoi nous faisons allusion.

Le coupable a entendu laisser l'accomplissement du dommage effectif qu'il désire, à l'activité d'un agent étranger, mais qui n'est plus la victime elle-même, c'est un tiers. À ce tiers, le coupable peut remettre les moyens d'attaque en lui donnant expressément mission de s'en servir, il peut aussi lui faire cette remise sans mandat exprès, ayant la conviction que le tiers en usera ; l'agent peut enfin, sans aucune remise des moyens, provoquer le tiers à l'exécution du crime dont il veut la réalisation. En effet, les actes que nous envisageons, actes d'assistance, de provocation, ne sont pas, suivant le point de vue de la théorie classique de la complicité qui est encore dominante dans le droit positif, les faits en eux-mêmes punissables. Ils ne manifestent en eux seuls, et dans leur seule matérialité, aucune criminalité.

Envisagés isolément, ces faits sont pénalement indifférents, mais vienne l'accomplissement ultérieur du fait principal, dont ils avaient pour but d'aider, de provoquer la réalisation, alors ils seront et deviendront punissables, ils tomberont sous le coup de la loi.

Si donc ce tiers aidé ou provoqué à commettre telle infraction (un domestique par exemple, que l'on pousse à empoisonner son maître) n'exécute point son méfait (soit par repentir, soit par une circons-

tance quelconque, s'il ne s'avance pas tout au moins jusqu'à la hauteur du commencement d'exécution, par exemple : s'il ne présente pas le poison, il n'y a ni assistance ni provocation. Mais, le point de départ de ce système étant le concept objectif que nous avons déjà étudié, manque absolument de fondement ; si l'acte de complicité n'est pas punissable, c'est qu'il n'est pas matériellement et objectivement dangereux ; mais en matière de complicité comme en matière de tentative, le fondement de la répression est bien dans un danger tout subjectif, dans une volonté matérialisée dans des faits qui permettent de la saisir. Pour apprécier la valeur d'un fait quelconque de complicité, c'est lui seul qu'il faut envisager et non pas le fait principal.

Ce n'est donc pas ce qu'a voulu ou accompli l'auteur principal, qui peut rationnellement servir à caractériser et déterminer ce qu'a voulu ou accompli son complice ; si je suis responsable de quelque chose, c'est de mon fait, ce n'est pas du fait d'autrui. La responsabilité de l'agent principal est une chose, la responsabilité du complice en est une autre. Par conséquent ce qu'il faut savoir, c'est ce que ce complice a voulu et accompli matériellement, en personne. La notion de la complicité telle que la conçoivent les législations positives modernes, n'est pas acceptable. Pour le droit positif et classique, la complicité s'analyse dans l'existence d'un délit uni-

que ; malheureusement ce sont là autant de présomptions abstraites, car dans le cas par exemple où un meurtre est réalisé par plusieurs, le premier l'a simplement voulu, le second l'a prémédité, et le troisième peut-être n'a entendu faire à la victime que des simples blessures.

Car la complicité n'est pas autre chose que le fait de la réunion de plusieurs délits distincts, séparés, personnels à leur auteur. En réalité l'acte de complicité, lui aussi est un fait principal susceptible de répression spéciale, selon la perversité de son auteur. La question étant un peu déplacée, ce qu'il faut savoir, c'est si l'acte du complice rentre dans la notion du commencement d'exécution punissable.

58. La solution pour nous n'est point douteuse ; les faits dont on a parlé, remise aux mains d'un tiers des moyens d'action, assistance, provocation, ce sont les derniers que l'agent se proposait quant à lui d'accomplir ; à son avis, ces faits là, avaient toute la valeur d'une attaque effective, immédiate au droit de la victime, par conséquent la provocation n'est qu'une espèce spéciale d'attaque. Si donc, acte direct et provocation sont des faits d'un aspect matériel différent, ce sont toujours des faits d'égale portée, mais tous deux ont même valeur, et ils sont bien des faits de tentative.

En résumé, peu importe que par repentir où par

suite des circonstances fortuites, le tiers n'avance point dans la voie criminelle, jusqu'à la hauteur du commencement d'exécution, c'est là pour le provocateur un effet de pur hasard, qui ne saurait influencer en rien sur sa culpabilité personnelle (1).

59. Mais ces actes de complicité, à raison de leur caractère vague, ne sont-ils pas de nature à avoir une signification qui puisse rester imprécise ?

Après tout quant aux faits d'assistance, ils constituent des actions absolument courantes, des actions de la vie.

Dès lors n'est-il pas dangereux, n'est-ce pas exposer la liberté que de trouver là matière à répression ?

L'armurier vend des armes, ce tiers va pouvoir l'accuser d'assistance dans la préparation d'un meurtre ; n'est-ce pas ouvrir la porte au chantage ?

Assurément le danger existe ; mais quand j'aurai moi, tiré sur la victime, ce n'est pas cela qui déterminera la culpabilité de l'armurier ; ce fait là a quelque chose de plus probant, décisif, c'est la seule appréciation de ma propre intention. Mon armurier

1. Cf. Garofalo, *Criminologie*, p. 354 et s. V. aussi Strafrechtliche Doctrine der Feilnahme Nicoladoni et de Getz au Congrès de Linz dans *Bul. de l'Un. I. D. P. t. V*, V. 1896, p. 336 et 338 sous le titre « der Einfluss der neueren strafrechtlichen auschauregen auf die gesetzberische Behandlung des versuches und der Feilnahme. »

a prévu le crime que je me proposais de commettre et par conséquent il a entendu s'y associer. Voilà ce qui peut seul en faire un complice punissable. Et s'il y a un danger, car nul n'est à l'abri de la calomnie d'autrui, la prudence et l'impartialité des juges y remédieront.

Et tout cela est si vrai et si juste, que la doctrine et la jurisprudence elles-mêmes ont décidé que la simple remise des moyens d'attaque, spécialement la remise du poison à un tiers chargé de l'administrer, constitue à elle seule un commencement d'exécution (1).

Il ne s'agit pas de l'hypothèse où ce tiers connaît le but criminel de l'auteur de la remise et consent à participer à l'accomplissement du crime ; car le fait de la remise du poison n'est pas punissable, si le tiers, auteur principal, n'a pas consommé ou au moins tenté l'empoisonnement. Il s'agit du cas où ce tiers par exemple est un fou, un enfant, en un mot un irresponsable, et même toute personne en possession de ses facultés, mais ne sachant ni ne prévoyant le résultat criminel, et dans l'espèce c'est le cas de la garde qui administre un médicament empoisonné qu'on lui présente comme utile à la santé de son malade. Par conséquent pour certains auteurs, le

1. Villey, *précis*, p. 90. — Rossi, t. II, p. 299. — Garraud, t. I, p. 288, t. IV, n° 275.

seul fait de la remise du poison constitue une tentative d'empoisonnement ; c'est le fait de la remise des moyens, de l'impulsion de l'enfant ou du fou, qui constitue la tentative.

Ainsi nous avons vu en quoi consiste le commencement d'exécution, c'est l'acte dernier et décisif par lequel l'agent a entendu terminer sa part d'intervention personnelle dans l'exécution du crime. Si cet acte final et décisif est incomplètement réalisé, la tentative est achevée, mais le résultat, le délit est manqué.

§ 3. — *L'absence de désistement volontaire*

60. Pour que la tentative tombe sous le coup de la loi, pour qu'elle existe pénalement dit l'article 2 du Code pénal français, il faut encore que l'exécution criminelle n'ait été suspendue ou n'ait manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. L'agent avait tout fait pour réussir, un événement purement fortuit est venu seul et contre son gré, déjouer ses prévisions, et cette absence de résultat dommageable ne saurait en rien innocenter son action ; mais le désistement volontaire, qui s'affirme dans un acte décisif est pour lui une cause d'impunité.

L'utilité commande cette solution là, parce qu'il

faut engager le coupable à s'arrêter, à ne point passer jusqu'au bout l'accomplissement de son crime ; et non point parce que cette consommation doit apporter dans l'ordre social un trouble plus considérable que n'en produit la simple tentative, car le trouble social est déjà et pleinement réalisé, dès que la volonté criminelle s'est manifestée au dehors par un acte quelconque, certain, déterminé.

La considération de l'intérêt social se manifeste à un autre point de vue ; ici en réalité c'est plutôt d'intérêt privé qu'il s'agit, car si l'agent a méconnu l'intérêt social, il n'a pas encore porté atteinte au droit particulier qu'il voulait méconnaître ; et c'est pourquoi il faut l'intéresser, par la promesse formelle d'une impunité totale ou partielle, à ne jamais y porter atteinte. L'intérêt social reprend vraiment tout son empire, mais alors il s'agit d'amendement, il ne s'agit plus d'intimidation. Ce à quoi il faut tendre en effet, c'est que l'agent engagé dans la voie du mal, n'y persiste point, et non pas seulement par intérêt, mais par l'effet d'un sentiment de moralité ; ce qu'il faut, c'est que le coupable se repente et revienne au bien.

61. Il existe, en législation, deux systèmes opposés, et ils se retrouvent dans l'interprétation du Code pénal français. L'un ne tient compte que du désistement inspiré par le repentir, l'autre en admet la validité, alors même que le désistement serait ins-

piré par la contrainte morale, exercée sur l'agent par un fait extérieur. Ces deux solutions sont trop absolues, l'une et l'autre. La loi ne s'occupe pas des motifs qui ont déterminé la volonté de l'agent, elle n'exige même pas que le désistement soit spontané. Ce qu'elle demande, c'est que le désistement ait le caractère d'un acte *volontaire*. Le juge prend donc en considération la force de volonté de l'agent, il recherche si ces motifs divers d'action, ont ou n'ont pas annihilé complètement la liberté de choix qu'avait l'agent, s'ils ont été la cause déterminante ou la simple circonstance occasionnelle de son désistement, c'est-à-dire s'il y a tentative simplement inachevée ou tentative véritablement abandonnée.

Voilà donc le système beaucoup plus simple du législateur français, et sa seule explication est toute dans le caractère utilitaire de la solution qu'il consacre. Il ne s'agit pas de prétendre qu'en justice, même au point de vue social, tous les désistements aient une valeur identique. Que le coupable s'arrête dans l'exécution plutôt par la considération de l'immoralité de son action que par la crainte des châtimens, la société certes ne saurait s'en désintéresser. Mais ce qui lui importe certainement avant tout, c'est que l'agent s'arrête dans la réalisation de son crime.

La cause du désistement est chose importante, le désistement, abstraction faite de sa cause, est chose

plus importante encore. Voilà donc pourquoi le législateur a ouvert la porte toute grande au désistement volontaire, lui reconnaissant toujours une influence certaine. Ainsi donc, en reconnaissant au désistement volontaire une influence aussi considérable, en accordant au coupable qui abandonne sa tentative une impunité complète, le Code ne semble nullement avoir fait œuvre irrationnelle et dangereuse.

62. En ce qui concerne l'article 38 du Code pénal roumain, bien qu'il soit la reproduction de l'article 2 du Code pénal français, une grande différence les sépare, différence dont on s'aperçoit à la simple lecture.

Il exige, c'est vrai, toujours pour qu'il y ait tentative, absence de désistement volontaire de la part de l'agent, c'est-à-dire qu'il ne punit la tentative que lorsqu'elle a été suspendue par des circonstances indépendantes de la volonté de l'agent.

Il a fait tout aussi bien la distinction qui existe, entre la tentative suspendue par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, et la tentative suspendue par sa propre volonté.

A la première il a attaché une peine, il a laissé impunie la dernière ; mais il n'a fait cette distinction qu'en ce qui concerne la tentative inachevée, quant à la tentative achevée, c'est-à-dire au délit manqué, il n'en a fait aucune. L'agent sera toujours coupable et puni, que ce soit lui par sa propre volonté qui ait

suspendu la tentative, ou qu'elle l'ait été par une circonstance quelconque indépendante de sa volonté.

63. Nous estimons que le législateur roumain a bien fait. Supposons que l'agent a exécuté tous les actes qu'il croyait suffisants à la production du résultat voulu, il voulait tuer en tirant un coup de pistolet ; en tant qu'elle relevait de sa volonté, de son activité propre, l'exécution est complète ; subjectivement le crime, n'est pas seulement tenté, il est consommé ; où voit-on donc la moindre place pour le désistement volontaire ?

Telles sont les conditions essentielles de la tentative punissable. L'existence de ces conditions doit être exprimée dans toutes les décisions, des juridictions, d'instruction, qui mettent en prévention ou en accusation pour crime un délit tenté, comme dans toutes les décisions des juridictions de jugement qui condamnent pour les mêmes causes. Ainsi pour les tentatives de crime, l'arrêt de la Chambre des mises en accusation renverra devant la Cour d'assises pour tentative, *manifestée par un commencement d'exécution et n'ayant été suspendue ou n'ayant manqué son effet que par une cause indépendante de la volonté de son auteur*. En Cour d'assises, la question posée au jury, devra porter à nullité sur ces éléments légaux de la tentative, qui seront réunis dans une question unique. Le président doit demander : *L'accusé est-il coupable d'avoir commis*

une tentative de (spécifier ici le crime avec ses circonstances constitutives), laquelle tentative, manifestée par un commencement d'exécution, n'a été suspendue, — ou n'a manqué son effet, que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur (1). De même encore pour les tentatives de tel délit manifesté par un commencement d'exécution. A la lecture de l'article 38, le Code pénal roumain et l'article 2 du Code français nous voyons qu'il y a deux degrés dans la tentative.

Le délit tenté et le délit manqué, qui sont des

1. V. Un arrêt de la Cour de cassation roumaine : Les circonstances constitutives de la tentative de crime sont des éléments légaux et nécessaires de ce crime, qui doivent être présentés aux jurés réunis dans une question unique, sans qu'il y ait besoin d'en faire l'objet d'une question distincte et séparée. Ainsi le président qui a réuni ses éléments légaux de la tentative dans une question unique ne contrevient en rien aux dispositions de la loi relative à la mise des questions. Cass., II, 2 octobre 1868. B. p. 168;

Cass. roum., II, 12 mars 1872, p. 144. Le législateur a voulu punir le commencement d'exécution d'un crime ou délit, alors seulement qu'il a été suspendu par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, et non qu'il ait été suspendu par sa propre volonté. Il résulte de là que cet élément caractéristique de la tentative légale « interruption par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur » doit faire l'objet de la question posée au juré, car en l'absence de cette constatation de cet élément constitutif de la tentative, on pourrait croire que l'exécution du crime a été suspendue par la propre volonté de son auteur, dans quel cas il resterait impuni.

délits imparfaits, s'opposent l'un et l'autre au délit consommé.

L'imperfection de ces deux délits qui constitue leur caractère commun ne tient pas à la même cause.

Le premier est imparfait, parce que la série des actes qu'il suppose a été interrompue, et alors on dit que la tentative est suspendue; et le second parce que malgré l'action parfaite pour produire le mal du délit, l'agent n'a cependant pas obtenu le résultat désiré par lui, et alors on dit que la tentative a été manquée. Ainsi, un individu verse une substance vénéneuse dans le verre d'une personne qu'il veut empoisonner, au moment où celle-ci porte le verre à ses lèvres, le pharmacien intervient et empêche la consommation du délit ; l'empoisonnement a été tenté. Le poison a été bu par la personne à laquelle on le destinait, la mort devait être certaine, mais la victime a pris un antidote et a été sauvée ; l'empoisonnement a été manqué.

Eh bien, dit-on c'est là plus qu'une tentative, car c'est là plus qu'un commencement d'exécution, c'est l'exécution tout entière. L'agent a fait tout ce qu'il était en son pouvoir de faire, et si le résultat n'a pas été obtenu, cela est tout à fait indépendant de l'exécution qui a été entièrement accomplie. Cette doctrine est généralement suivie, et si certains auteurs confondent la tentative et le crime manqué,

c'est sans doute parce que la doctrine qui les distingue n'est pas certaine (1).

En résumé, pour savoir si telle infraction est consommée ou s'il n'y a eu que tentative, il faut examiner, non pas si l'auteur a atteint le but qu'il a accompli pour réaliser son projet mais s'il renferme

1. On a parfois affirmé qu'entre la tentative inachevée et le délit manqué existait une différence, non seulement de degré, mais de nature. Le délit manqué serait moins une variété qu'une espèce spéciale de tentative. Et la différence caractéristique consiste en ce que le délit manqué sera toujours et forcément imputable, il impliquerait en effet impossibilité de désistement volontaire. Et voici le raisonnement : l'assassin a visé et fait feu, la victime est atteinte, mais pris de remords le coupable lui porte secours et la sauve. La tentative est achevée, affirme-t-on, car le coupable quant à lui, a fait tous les actes nécessaires à l'exécution du crime, mais le délit est manqué, car aucun résultat ne s'est produit. Eh bien c'est inexact dit-on, et la solution est toute différente. L'assassin qui a porté secours à sa victime n'a nullement fait tous les actes nécessaires à la réalisation de son crime, car justement cette réalisation comportait un acte de plus, l'abandon de la victime, acte que l'agent n'a pas accompli. Il n'y a pas de meurtre manqué, mais tentative de meurtre inachevée, volontairement suspendue. Que le coupable fasse partir le coup et s'en aille, qu'un passant survienne aux cris de la victime et lui sauve la vie, voilà le délit manqué, mais il l'est par circonstance indépendante de la volonté de l'agent. Il n'y a pas de crime volontairement manqué. (Cf. Laborde, *op. cit.*, p. 78, n° 110. Jg. Marie, *Eléments*, p. 50. — Alimena Ricerche, *loc. cit.*, p. 535, 536.) A notre avis, la tentative dans ce cas là est achevée, car l'agent quant à lui a fait tous les actes nécessaires à l'exécution du crime, et le secours qu'il porte à la victime, n'est qu'un fait de réparation.

tous les éléments constitutifs du crime, tels qu'ils sont précisés dans la définition qu'en donne la loi(1).

§ 4. — *Du délit impossible*

64. Si les actes accomplis par l'agent ne sont pas susceptibles de produire les conséquences criminelles désirées, s'ils ne sont que la préparation ou l'exécution d'une infraction irréalisable, il ne peut y avoir de tentative légalement punissable (2).

Si la tentative tombe sous le coup de la loi, c'est qu'elle constitue un acte extérieur, sinon dommageable, au moins dangereux pour le droit individuel, et par suite pour l'intérêt social. Or, ce danger n'existe point si les actes réalisés sont inaptes à produire un

1. C'est en termes équivalents, la formule même de l'article 52 du Code pénal toscan, qui décide « che v'e consumazione, quand tutti gli elementi, che compongono la essenza di un reato, si trovano ruineti nel fatto criminosa, di cui si tratti ».

2. V. les auteurs cités, Lefort « De la tentative des crimes impossibles. » *Rev. gén. du droit*, t. II, 1878, p. 81. — Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. I, n° 251. — Rossi, *Traité*, § 30. t. II, p. 310 et suiv. — Carrara, *Progr.*, § 375, p. 199, § 414, p. 217. — Villey « Du délit impossible. » *La France jud.*, 1877-1878, t. II, p. 185 et suiv., et p. 191-194. — Blanche, *op. cit.*, t. I, n° 251. — Feuerbach, *Lehrbuch de gemeinen in deutschland gültigen penilichen Rechts*, § 42. — Giessen, 1847. — Garofalo, *Il tentativo criminosa con mozzi inidones*, (Turin, 1882). — Lainé, *Traité élémentaire de droit criminel*, nos 165-174. — Ortolan et Desjardins, *Éléments*, t. I, n° 1000 et suiv., p. 457 et suiv.

résultat criminel quelconque. Evidemment, de pareils actes manifestent bien chez l'agent l'existence d'un dessein criminel, mais tout cela ne suffit pas à justifier l'intervention du législateur.

Pour qu'une peine soit légitime, il faut un acte qui soit en lui-même une atteinte au droit d'autrui ; c'est ce qu'on appelle, l'acte exécutif. Or, les actes qui constituent la tentative d'un crime irréalisable, ne répondent en rien au concept de l'acte d'exécution.

Non seulement les conséquences dommageables réputées criminelles par la loi ne se réaliseront pas, mais elles ne peuvent même pas se réaliser.

Ce qui a été fait ne saurait donc être considéré comme contenant en soi la violation du droit d'autrui, sa personne, sa fortune, ne subiront aucun préjudice.

Ce délit est sans réalité, c'est un délit imaginaire, car si nous apercevons son élément subjectif, l'intention criminelle, il lui manque toujours un élément essentiel, son élément objectif, le fait matériel.

Ce délit reste impuni, car la loi pénale statue toujours dans les limites de l'utilité, or l'utilité sociale n'apparaît pas blessée.

Les législateurs français et roumain ont défini la tentative punissable, par l'idée d'un commencement d'exécution, c'est-à-dire par l'idée d'une exécution partielle.

L'idée d'exécution partielle, de commencement d'exécution, suppose la possibilité d'atteindre le but par l'application plus ou moins prolongée du moyen.

Or, cette exécution partielle ne saurait se concevoir là où l'exécution totale elle-même est radicalement impossible.

Pour parler d'attaque à un droit, il faut de toute nécessité qu'il y ait un droit existant, or celui qui dérobe une chose qui se trouve lui appartenir, n'a jamais menacé le droit de personne. Voilà donc l'argumentation de la doctrine classique, sous la forme générale où nous l'avons présentée ; le raisonnement ne tendrait à rien, moins qu'à l'impunité absolue de toute tentative irréalisable, quelle que soit la cause de l'impossibilité d'exécution. Or, une doctrine aussi absolue, ne peut jamais prévaloir ; car dans la réalité des faits, l'impunité pour toute tentative irréalisable, aboutirait à laisser impunis des actes certainement criminels. Et c'est en vain, que l'on déclare que l'auteur d'actes semblables est une espèce de fou, qu'il est plus sot que coupable, que ces faits sont peu nuisibles ; il faut bien reconnaître, qu'il est de nombreuses hypothèses où la répression s'impose avec une force invincible. Et c'est pourquoi, sous la pression de l'évidence et du bon sens, ont pris naissance de multiples distinctions, suivant la cause, la date de l'impossibilité.

65. La première de ces distinctions qui nous appa-

rait d'une grande importance, c'est celle entre l'impossibilité absolue, et l'impossibilité relative.

L'impossibilité est absolue et elle tient à l'objet, quand cet objet n'existe pas matériellement ou manque d'une qualité juridique essentielle : une femme vient à accoucher et cherche à étouffer son enfant, celui-ci est mort-né.

L'impossibilité est absolue et elle tient *aux moyens*. L'objet visé existe matériellement et juridiquement, mais les moyens sont impuissants à l'atteindre, sont radicalement inefficaces : c'est le cas de celui qui croyant administrer à sa victime un poison, ne lui fait prendre qu'une substance inoffensive.

Quant à *l'impossibilité relative*, elle peut résulter aussi soit de *l'objet*, lorsque, existant bien réellement, et ne manquant d'aucune qualité, cet objet ne se trouve cependant pas là : — par exemple, l'assassin tire un coup de feu dans une chambre, croyant atteindre la personne qu'il voulait tuer, mais cette personne vient de passer dans la pièce voisine, — soit des *moyens* employés, lorsque ces moyens puissants et efficaces en eux-mêmes, sont trouvés inefficaces par suite de leur mauvaise utilisation, ou par l'effet des circonstances indépendantes de la volonté de l'agent.

De là beaucoup sont partis pour aboutir à une double solution ; d'un côté à l'impunité de toute tentative irréalisable, lorsqu'on se trouve en pré-

sence d'une impossibilité absolue, et d'autre part, à la répression pour toutes les hypothèses d'impossibilité simplement relative. Ainsi formulée, la thèse compte de nombreux partisans en Allemagne et en Italie (1). En France, ce fut elle qui triompha dans deux décisions célèbres, rendues par la Cour suprême en 1876 et 1877.

66. En réalité, c'est en 1849 que, pour la première fois, se pose la question ; c'est devant la Cour d'Agen.

Un père s'étant pris de querelle avec son fils saisit un fusil qu'il a chargé quelques jours auparavant, il s'assure que les capsules sont en bon état, il ajuste et fait successivement partir les deux détente ; mais le fils avait eu soin entre temps de décharger le fusil.

Le meurtre était donc absolument impossible par suite d'une impuissance radicale, inhérente aux moyens employés.

Le ministère public requérait de la Chambre des mises en accusation un arrêt de non-lieu ; celle-ci, fut d'un avis contraire et renvoya le coupable devant les assises pour tentative d'homicide volontaire, manifestée par un commencement d'exécution et

1. Binding, *Die Normen*, t. II, p. 411 et s. — Berner *Lehrbuch*... § 76, 164. — Mittermaier. Certains auteurs en France : Garraud, *Traité*, t. I, p. 301 et note dans D. 96.1.22.

En Italie, Carmignoni. *Element. jur. crim.*, § 231. — Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, § 476. — Carrara, *Progr.* — Guillianì, *Instituzioni di dritt. pen.*, t. I, l. IV, § 3.

n'ayant manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur (1).

Un peu plus tard, la Cour de Montpellier se trouvait en présence d'une hypothèse un peu différente.

Un individu avait tiré plusieurs coups de fusil dans une chambre, croyant atteindre les personnes qui s'y tenaient habituellement ; il se trouva qu'à ce moment même elles étaient absentes. C'est un cas d'impossibilité simplement relative, dira plus tard la Cour de cassation, et elle déclarera la répression justifiée. La Cour de Montpellier consacre la solution contraire, et elle renvoie le coupable de toutes poursuites (2). La Cour suprême ne fut pas appelée à vérifier l'exactitude de ces solutions, d'ailleurs contradictoires.

67. En 1876 et 1877, deux arrêts lui furent déférés, à propos desquels elle posa en termes explicites, le principe de la distinction, la Cour de Paris avait condamné un voleur pour avoir brisé un tronc des pauvres qui se trouvait vide ; la Cour suprême rejette le pourvoi, cette circonstance étant étrangère à la volonté de l'agent, et ne constituant pas une impossibilité absolue d'atteindre le but qu'il se proposait (3).

La Cour de Chambéry s'était trouvée en présence

1. V. Agen, 8 décembre 1849. S. 53. 2. 66.

2. V. Montpellier, 12 février 1852. S. 52. 2. 464.

3. V. Cass., 4 novembre 1876. D. 78. 1. 33. S. 77. 1. 48.

d'un individu qui avait tiré sur un autre, mais cet autre venait de passer dans la pièce voisine ; la Cour s'était refusée à voir là une tentative punissable.

La Cour suprême casse l'arrêt. Si la victime n'a pas été atteinte, dit-elle, c'est par une cause toute fortuite ; il n'y avait pas impossibilité absolue à ce que le crime soit consommé (1).

68. Ainsi la distinction se trouve posée en termes très nets. L'impossibilité absolue est incompatible avec la notion d'une tentative socialement alarmante et par suite légalement punissable. Point de danger pour qui que ce soit dans des actes semblables, puisque jamais ils ne seront susceptibles de produire un dommage quelconque.

Mais les hypothèses d'impossibilité relative nous présentent une situation différente. La victime est vivante et le fusil suffisamment chargé ; matériellement la victime est menacée ; tous les éléments d'où le résultat criminel peut sortir sont réunis, et si la tentative reste sans effet, la cause est dans la survéance d'une circonstance indépendante de la volonté de l'agent. La répression dans toute cette catégorie d'hypothèses est pleinement justifiée ; il y a tentative inachevée pas l'effet de circonstances fortuites.

69. Cette distinction dont nous venons de

1. V. Cour de Chambéry, 12 avril 1877. D.77. I. 33. S, 77 I, 329.

poser les bases et qui se fonde sur le caractère absolu ou relatif de l'impossibilité, ne nous paraît pas acceptable ; c'est ce que la doctrine française a su mettre en évidence. Elle existe évidemment, si l'agent qui voulait assassiner n'a frappé qu'un cadavre ; mais elle existe tout aussi bien, si, au même moment où l'assassin faisait partir le coup, la victime passait dans une pièce voisine où la balle ne pouvait certainement pas l'atteindre.

Dans tous ces cas, l'impossibilité est identique ; et si quelque chose varie, c'est la cause productrice de l'impossibilité ; celle-ci pouvant résulter, soit de l'inexistence de l'objet, soit de l'inexistence ou de l'insuffisance des moyens. Mais rien de tout cela, ne saurait influencer sur la nature de l'impossibilité ; une fois née, elle reste, en toutes les hypothèses, identique.

Ainsi point de distinction à établir ; l'impossibilité est une et elle est absolue : et la confusion fatale, qui est celle du concept objectif, c'est que toute tentative irréalisable échappe à la répression.

70. Voici du reste le système de la doctrine française (1).

1. Villey « Du délit impossible. » *France Jud.*, t. I, 1877-1878, p. 185-192 et note dans *S.* 77. I, 329. — Lacoïnta, *op. cit.*, *Rep. crit.*, 1863, p. 473-476. — Cf., Blanche, *Etudes*, t. I, n° 8, p. 9, t. IV, n° 517.

Le fait de l'assassin qui frappe un cadavre, peut attester une résolution criminelle certaine, mais il ne constitue point un acte punissable ; puisqu'il est dès le principe radicalement inefficace, il ne tend pas au résultat criminel voulu.

Mais ce n'est pas l'absence de tout résultat dommageable qui est le produit d'une circonstance accidentelle et indépendante, c'est l'inexistence absolue, soit de l'objet, soit des moyens ; et par exemple, c'est par cas fortuit que l'acte accompli, le coup de poignard, n'a pas produit son effet.

Quant à l'impossibilité relative pour défaut d'objet, la solution est la même. Si c'est effet du hasard qu'au moment où l'agent pressait la détente, la victime soit passée dans la pièce voisine, ce n'est point effet du hasard que, cela étant, la victime n'ait pas été atteinte. Il faut prendre le fait tel qu'il est ; or, ce fait, en soi, était radicalement impuissant, donc le résultat ne pouvait pas se produire. Mais la tentative devient punissable dans toutes les hypothèses où l'impossibilité relative découle de l'impuissance des moyens. La victime est à sa place, le fusil est suffisamment chargé, mais l'agent vise mal, trop à droite ou trop à gauche. Ici plus d'impossibilité à la production du résultat ; le crime est pleinement réalisable, seulement il est manqué par suite d'une maladresse, c'est-à-dire par suite d'une circonstance indépendante de la volonté de son auteur.

Tel est le raisonnement de la doctrine.

71. Mais nous voyons que le crime manqué, peut-être un crime parfaitement réalisable, si, par exemple, le coupable ayant blessé mortellement sa victime ou lui ayant fait absorber le poison, un tiers survient, appelle un pharmacien qui administre un antidote ; le crime était possible, mais il est manqué cela est bien exact. Seulement, en effet, ils sont exceptionnels les cas où la tentative reste inachevée par la survenance d'une circonstance fortuite. L'inexécution résulte plutôt et le plus souvent d'une impuissance des moyens, venant elle-même d'une maladresse, d'une erreur de l'agent. A cet égard nous pouvons conclure, qu'il n'y a pas de différence entre les responsabilités, elles se valent toutes, et si l'impossibilité exclut la répression, aucun raisonnement ne fera que même les cas de mauvaise utilisation des moyens et de simple vice d'exécution, n'y échappent. Dans tous ces cas-là, disent les partisans du point de vue objectif, le danger matériel existe, et d'après eux, cela suffit pour servir de fondement à la répression, parce qu'au moment où commence l'exécution, nul ne peut dire que cette exécution n'aboutira pas.

72. Mais alors s'il en est ainsi, si telle est bien la situation qui dans sa matérialité constitue la tentative punissable ; une extension s'impose ; c'est à l'égard de toutes les hypothèses, où l'impossibilité

relative tient non plus au mauvais usage des moyens, mais à l'absence de l'objet là où l'agent pensait l'atteindre. Le voleur qui fracture un tronc vide, ou qui se trompe de poche, dans les conditions qu'il prépare l'action criminelle, celle-ci peut se réaliser, car cet agent peut tout aussi bien fracturer le tronc d'à côté, fouiller la poche de gauche plutôt que celle de droite ; le danger existe en réalité, car l'inexécution n'avait rien de fatal, seulement un accident, une erreur l'a fait disparaître. Par conséquent toute inexécution par suite d'impossibilité relative, quelle qu'en soit la cause, moyen ou objet, doit donc rentrer aussi dans la notion de la tentative punissable. Ce sont les systèmes auxquels les arrêts de 1876 et 1877 semblent bien s'attacher.

73. Mais on peut aller plus loin. Voici un individu qui pour tuer son ennemi saisit un fusil, que depuis longtemps il avait chargé dans cette intention, couche en joue sa victime et fait partir la détente, seulement à son insu, l'arme avait été déchargée.

C'est donc un cas d'impossibilité absolue ; ici l'agent avait placé dans le fusil une charge suffisante, et s'il n'a pas réussi à tuer, c'est par suite de la survenance d'un fait de pur hasard, qui est venu empêcher une adaptation efficace des moyens à l'objet. C'est ce que maints auteurs, parmi lesquels Mittermaier, veulent défendre ; ils veulent admettre la

nécessité d'une répression dans toutes les hypothèses que nous avons énumérées (1).

Les principes d'où ils partent ne sont pas autres que ceux du concept objectif. Qu'il y ait simplement mauvaise utilisation des moyens en eux-mêmes suffisants, ou bien inexistence relative de l'objet ou enfin substitution d'un moyen inoffensif au moyen pleinement efficace préparé, le danger existe, parce que, au moment où l'exécution commence, tous les éléments qui peuvent donner naissance au résultat sont réunis.

74. Tout ce raisonnement reste à notre avis critiquable, et voici pourquoi : C'est que pour découvrir en de semblables hypothèses dans les faits eux-mêmes, le danger objectif, seul fondement de la répression, il faut le chercher dans une phase antérieure à l'exécution, dans les actes préparatoires ; c'est sortir du domaine de la tentative.

Mais justement, c'est cela qui est inadmissible, car nous savons bien que les actes préparatoires sont, en matière de tentative, absolument impunis. Si donc la possibilité du résultat est bien une condition de la répression en matière de tentative, c'est

1. V. Mittermaier. « Ueber den neuesten Zustand der criminal rechtswissenschaft in Deutschland » (ds. *Neues Archive des criminalrechts*, t. IV, p. 104 et s.) ; R. Salleilles, *Essai sur la tentative* (*Rev. pénit.*, 1897, p. 64 et s.).

à ce moment qu'elle doit se rencontrer. Or, en supposant l'arme mal dirigée ou la victime hors d'atteinte dès le premier instant de la visée, en supposant la substitution du moyen inoffensif au moyen efficace, complètement opérée dès la première présentation du poison ; dans ces conditions, à aucun moment de l'exécution, il n'y a eu possibilité d'aboutir ; à aucun moment par conséquent ; il n'y a eu matière à répression.

Ainsi le nouveau système que nous venons d'examiner reste impuissant, lui aussi, à justifier les différentes extensions qu'il admet dans la répression du crime impossible.

75. Partant toujours d'un danger possible et inhérent aux faits, Liszt va encore plus loin (1). Celui-là est punissable, donc l'attaque n'a été impuissante qu'à raison d'une circonstance fortuite, mais celui-là aussi est punissable, qui voulant agir sur une victime existante et par des moyens suffisants, s'est trompé dans la préparation de ses moyens d'attaque.

En effet un danger existe pour la victime, un heureux hasard l'a seul protégée, si l'agent n'a point réussi, rien ne l'empêchera de renouveler et répéter son coup, qui cette fois ci pourra être efficace.

1. V. Liszt dans la *Zeitschrift. die ges. f. Str.*, p. 93 et s. *Lehrbuch...*, § 47, p. 208 et s.

76. Malheureusement, aucun des systèmes élaborés à cette fin n'est logique à raison du principe d'où ils partent. Le concept objectif laisse injustifiée la répression et, par suite, il aboutit à une impunité totale en matière de tentative. C'est donc au raisonnement de V. Buri qu'il faut en revenir, il est inattaquable. Pour que le juge puisse affirmer sur tous ces points une certitude absolue, il lui manque une circonstance décisive qui est l'existence effective du résultat. Ce résultat produit, le juge peut bien affirmer que le fait accompli est dommageable, qu'il était en lui-même dangereux.

Le juge ne pourra avoir aucune certitude de l'efficacité de l'attaque, tant que cette attaque n'a pas abouti.

Pour affirmer, en effet, à un moment quelconque de l'exécution, la possibilité actuelle, certaine, du résultat et, par suite, l'existence dans les faits d'un danger objectif ; il ne peut suffire d'être assuré de la tendance matérielle de ces faits ; il faut encore avoir la certitude que l'agent, de son côté, ne mettra pas obstacle à l'exécution ; sa volonté est, en effet, un élément essentiel à la production du résultat ; il faut qu'il soit certain que l'intention de l'agent restera ferme, irrévocable. Mais pour pouvoir bien faire une semblable constatation, en dehors de toute cette intention, il faut un seul fait, la consommation de

l'infraction. Jusque-là on ne peut avoir aucune preuve matérielle de cette irrévocabilité.

77. Mais la tentative n'est pas un ensemble des faits en eux-mêmes dangereux, un empiètement effectif sur la sphère juridique d'autrui.

La partie réalisée de l'exécution est sans valeur matérielle, elle ne contient aucun danger objectif. La tentative n'est pas autre chose que la manifestation d'une intention, d'une volonté criminelle ; si le résultat nous semble possible, si les faits nous paraissent devoir jouer dans la production de ce résultat le rôle de véritables causes, ce n'est pas à raison de ces faits eux-mêmes, de leur matérialité, c'est à raison de la volonté coupable qu'ils incarnent. Ainsi le danger, en matière de tentative, celui-là seul qu'il soit possible d'atteindre, n'est pas un dommage objectif, c'est un danger tout subjectif. En matière de répression, c'est l'intention qui compte ; non pas évidemment l'intention restée dans la conscience de l'individu, mais l'intention qui s'est affirmée, manifestée au dehors. D'ailleurs cette solution est admise presque généralement. Elle est défendue par toute l'école positiviste italienne, comme la seule conséquence logique du concept subjectif. Le système subjectif compte, du reste, en Autriche, de nombreux partisans. Il a reçu une adhésion singulièrement précieuse ; celle de la jurisprudence allemande.

78. C'est en 1880 que fut rendu par le Tribunal

supérieur de l'Empire la solution capitale, qui allait faire une si vive impression. Il y avait accusation pour infanticide, mais l'autopsie démontrait que l'enfant était mort-né. C'était un cas d'impossibilité radicale. Les actes accomplis ne contenaient donc aucun danger, ils n'étaient pas avec le résultat voulu par l'agent dans un rapport objectif de causalité. Et le tribunal de passer outre cependant et de déclarer la tentative punissable. Ce que la jurisprudence allemande entend admettre et sanctionner, ce n'est pas un système objectif, c'est un système purement subjectif, c'est celui de Buri dans toute sa plénitude (1). Depuis lors, du reste, des solutions analogues ont été consacrées. Elles sont appuyées sur l'article 43 du Code pénal allemand, qui ne diffère pour ainsi dire pas de l'article 2 du Code pénal français : *Sera punissable comme tentative*, dit l'article 43 du Code pénal allemand, *le fait de celui qui, par des actes de nature à constituer un commencement d'exécution, aura manifesté l'intention de commettre un crime ou un délit, sans que l'exécution en ait été définitivement consommée.*

79. La loi de prairial ne disait pas autre chose, et le code de 1810 se sert d'expressions identiques. Or, d'un texte analogue, la doctrine et la jurisprudence

1. V. Cf. sur la théorie subjective : V. Buri, *op. cit.*, *supra*, n° 21, n. 3.

française tirent argument pour défendre des conclusions absolument opposées à celle de la jurisprudence allemande. Mais nous estimons que la doctrine française en les combattant sur le terrain du droit positif, a méconnu la pensée véritable du législateur. Et d'abord la tradition est pour nous.

Ce que les glossateurs et les canonistes ont élaboré, c'est une théorie toute subjective de la tentative. Le fait n'est pas puni, disent-ils, à raison de sa matérialité, du mal qui en résulte, ou du danger effectif qu'il contient, il vaut par la seule raison qu'il manifeste une résolution criminelle, et atteste au dehors, la faute subjective de son auteur. Ce qui compte, c'est *le processus ad actum proximum*, le geste en son apparence extérieure et formelle, geste qui ne laisse aucun doute sur l'intention de l'agent. D'ailleurs le concept du législateur moderne est le même ; il lui a été légué par l'ancien droit, soit dans le Code de 1791, soit dans la loi de prairial, an IV, soit dans le Code de 1810, c'est toujours le concept subjectif qui prévaut ; parce que la tentative, et le crime consommé ont leur source dans la même intention criminelle et en punissant la tentative c'est cette intention et pas autre chose que le législateur entend réprimer.

Seulement plus soucieux de la liberté individuelle que l'ancien régime, le législateur moderne entend laisser en dehors de toute répression, une intention

qui ne sera qu'avouée ou qui n'aura produit que des actes préparatoires, et ne punir que des actes peu voisins de la consommation. Le Code de 1791 répond, c'est l'attaque à la personne. La loi de prairial a généralisé la solution, le fait initial de la tentative sera toujours un commencement d'exécution. L'idée à laquelle le législateur s'attache, c'est celle à laquelle s'attachaient déjà nos anciens auteurs, c'est l'idée d'une manifestation spéciale, en un mot, de l'intention criminelle.

80. Dans un arrêt du 19 octobre 1894 la Cour suprême semble avoir eu comme une vision du système. Un voleur avait introduit sa main dans la poche d'un passant, mais à ce moment la poche était vide. En soi c'est un délit qui, par avance, était destiné à ne pas réussir ; l'objet manquait là où le voleur voulait le soustraire ; il y avait délit impossible. La Cour de Paris l'acquitta. Sur pourvoi du ministère public, la Cour suprême cassa l'arrêt, et la Cour d'Orléans, à laquelle l'affaire fut renvoyée, se rangea au même avis pour des motifs identiques. Pas une allusion à une distinction quelconque entre deux sortes d'impossibilité, la question d'efficacité ou d'impuissance de l'attaque n'est pas même posée ; l'inexécution a eu pour cause une circonstance contraire à la volonté de l'agent il suffit ; la répression est acquise. La solution n'est pas nouvelle ; depuis quelque temps déjà cependant

la Cour de cassation s'était fait sur ce point une jurisprudence très établie, jurisprudence qui avait paru très rassurante au point de vue de la sécurité publique.

En vertu de toutes ces considérations, nous concluons, que toute tentative est punissable dès lors que l'intention criminelle s'est manifestée dans le commencement d'exécution du crime voulu, quelle que soit l'efficacité intrinsèque des actes accomplis. La possibilité du résultat n'est pas un élément constitutif de la tentative punissable.

81. Et maintenant, après avoir établi le système dont nous avons parlé, ne pourrait-on pas croire qu'il aboutirait aux conséquences absurdes qu'on lui a prêtées ?

Voilà un individu qui s'imagine que l'eau sucrée est un poison et il en fait prendre à la personne qu'il veut empoisonner. Pouvons-nous voir dans ce fait une tentative punissable ?

Il le faut, la logique l'impose, toutes les impossibilités étant de même valeur ; mais il est trop évident qu'un tel principe n'a rien à voir en pareille hypothèse, car si toute répression s'évanouit ici, le motif n'en est nullement dans l'existence d'une impossibilité d'exécution, mais dans la preuve par l'insuffisance de l'attaque de l'insanité d'esprit de son auteur. A celui qui agit dans de semblables conditions et prétend réussir, c'est un traitement qu'il faut, ce n'est

pas une peine. C'est un fou ; il est dangereux comme fou, il ne l'est pas comme criminel.

SECTION II

La Pénalité

82. Nous connaissons déjà les termes du problème à ce point de vue. La tentative doit-elle être punie de la peine attachée par la loi au crime consommé lui-même, ou, au contraire, d'une peine moindre ?

Sur ce point, nous connaissons également les solutions du passé, il suffira de les rappeler.

On pourrait croire au premier abord, que la tentative du droit roumain était en principe comme l'infraction consommée. Ainsi la loi 7 au Code, *ad legem Corneliam de sicariis* paraît punir l'acte préparatoire. La loi 1 au Digeste, *ad legem Corneliam de sicariis* semble aussi punir l'acte préparatoire et punit évidemment la tentative ; ce sont là des exceptions, mais qui ne sont pas les seules, car la loi 5 au Code *De episcopis et clericis*, et la loi 5, § 2 au Code, *Ad legem Juliam majestatis* montrent que ces exceptions, si elles en sont, ont été généralisées dans une certaine mesure.

Néanmoins, la loi 1, § 2, *De extraord. crim.*, nous

porte à penser, qu'en principe au moins, la tentative et les actes préparatoires n'étaient pas punis comme l'infraction principale consommée. Dans l'ancien droit français les tentatives des crimes atroces étaient les crimes de lèse-majesté, le parricide, l'assassinat et l'empoisonnement.

83. Dans le droit intermédiaire, la législation a varié plusieurs fois sur ce point.

Le Code pénal du 25 septembre 1791 ne punissait la tentative que dans deux cas : dans le cas de *tentative d'assassinat* et dans le cas d'*empoisonnement*.

La loi du 22 prairial an IV généralisa l'exception apportée au principe par le législateur de 1791 et érigea l'exception en règle pour tous les crimes.

Et c'est encore le même principe d'identité que nous retrouvons dans la loi du 25 frimaire an VIII.

Le code de 1810, article 2, ne dit pas autre chose.

Le principe de la loi du 22 prairial an IV triompha dans la discussion, qui pourtant donna à des idées bien diverses, l'occasion de se produire.

MM. Fermon et Béranger pensaient que la tentative devait être punie d'une peine moins sévère que le crime. Il paraît même que l'idée d'une peine moindre avait pour elle d'assez nombreux partisans dans le Conseil d'Etat, car M. Freilhard, qui fut le contradicteur de MM. Fermon et Béranger, ne consentait à appliquer à la tentative, une peine de même nature et de même degré qu'au crime lui-

même, qu'à la condition que le minimum serait toujours appliqué à la tentative, lorsque la peine serait susceptible de se mouvoir entre un maximum et un minimum.

L'opinion de M. Freilhard fut adoptée, mais sans le tempérament qu'il proposait, et l'article 2 consacra le principe que la tentative doit être punie comme le crime même.

La solution s'est maintenue dans le droit français, et ce fut en vain que, lors de la révision de 1832, ses adversaires essayèrent d'y substituer un principe d'atténuation.

84. Maintenant, pour mieux comprendre et puisque le sujet de cette thèse oblige à parler en même temps de la législation roumaine, nous chercherons à reproduire les termes des articles 38 du Code pénal roumain et l'article 2 du Code pénal français, relatifs à la tentative, nous en ferons la comparaison et la critique convenues :

Art. 38. — *La tentative de crime, c'est-à-dire tout commencement d'exécution du crime, suspendu par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, sera punie d'une peine d'un degré inférieur à celle prévue par la loi pour le crime consommé.*

Art. 2. — *Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue, ou si elle n'a manqué son effet que par des cir-*

constances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.

Nous voyons donc que, bien que l'article 38 du Code pénal roumain soit la reproduction de l'article 2 du Code pénal français, il ne punit pas de la même façon, il n'applique pas à la tentative la même peine qu'au crime lui-même, comme le Code pénal français l'a fait. La peine est toujours d'un degré inférieur à celle prévue par la loi roumaine au crime lui-même. Le législateur roumain s'est attaché au concept objectif aux principes de la doctrine classique dont voici les termes : La conscience publique et générale se refuse partout et toujours à punir la tentative à l'égal du crime pleinement consommé. Bien que réalisé dans des conditions identiques d'intention criminelle, le même acte n'a pas, aux yeux de tous, une valeur immuable. Celui qui a volé beaucoup est plus sévèrement jugé, que cet autre qui a volé peu. Le vol qui réduit un individu à la misère, portât-il sur une valeur minime, soulève une indignation plus grande et appelle un châtiment plus sévère que cet autre, en soi considérable peut-être, mais qui n'a eu sur la fortune de sa victime qu'une répercussion insignifiante. La gravité du préjudice individuel influe sur l'étendue du trouble causé au sein de la collectivité.

La consommation de l'infraction ajoute à la gra-

tivité de l'action criminelle. La tentative d'assassinat ne sera jamais mise sur le même pied que l'assassinat complètement effectué. La société elle-même ne cesse d'affirmer qu'elle se considère suffisamment sauvegardée contre l'auteur d'une simple tentative par l'application de la peine atténuée. Ce principe d'atténuation pour la simple tentative n'est pas le fruit, la conséquence d'une indulgente bienveillance, d'un sentiment vague d'humanité de la part du législateur roumain, lui seul est vraiment conforme à la réalité juridique, aux données d'une saine et exacte justice sociale.

Si nous nous plaçons au point de vue moral, l'auteur d'une tentative ne nous apparaît mériter aucune indulgence. Les fautes dans les deux cas, de tentative et de crime consommé sont égales, car aussi bien que le trouble moral, elles ne peuvent dépendre du résultat obtenu, mais uniquement de l'intention, de la perversité morale de l'agent.

Mais pour mesurer la peine applicable à tel fait donné, le législateur n'a donc pas à rechercher seulement la gravité de la faute morale ; il doit encore envisager la matérialité de l'acte, c'est-à-dire le préjudice effectivement réalisé.

L'acte extérieur, préjudiciable ou dangereux, est l'un des facteurs constitutifs, essentiels ou trouble social, il est par le fait même l'un des éléments de son étendue, de sa gravité.

Punir la tentative à l'égal du crime consommé, c'est peut-être faire œuvre de justice absolue, ce n'est pas faire œuvre de justice humaine. C'est méconnaître l'intensité vraie du trouble social que l'on entend réprimer ; c'est oublier la nécessité pratique qui s'impose d'intéresser à tout moment le coupable à suspendre l'exécution et à revenir au bien. Voilà donc les principes de la doctrine classique et voici comment le législateur roumain s'en est inspiré, pour s'éloigner de la législation française qui peut-être lui aurait mieux servi.

Du reste l'unanimité des législations étrangères est en ce sens.

85. En ce qui concerne la tentative inachevée, le crime manqué, l'article 38 du Code pénal roumain, dans son deuxième alinéa, est ainsi conçu :

Le crime exécuté mais manqué, sera puni du minimum de la peine prévue par le même crime « s'il avait été exécuté ».

Au premier abord on croirait que le législateur n'a pas su faire la différence entre la tentative inachevée et la tentative achevée, le crime manqué, car il dit à la fin de son alinéa *« s'il avait été exécuté »* il s'est servi de la particule conditionnelle *« si »*, ce qui signifie que la tentative est inachevée. Mais il n'en est rien, il a fort bien compris et analysé la différence qui existe entre la tentative achevée et le

délit manqué, car en insistant un peu sur la lecture de cet alinéa nous pouvons très bien voir qu'il s'en est parfaitement rendu compte. Les premiers mots de cet alinéa sont : « *Le crime exécuté mais manqué* ». Qu'est-ce donc que cela signifie, sinon qu'il a bien compris la différence ?

Et s'il a employé à la fin de cet alinéa la même expression, encore précédée de la particule « *si* », ce n'est qu'une échappée de vue, une mauvaise rédaction. Donc il faut lire « *consommé* », au lieu « *d'exécuté* ». Du reste la jurisprudence est en ce sens (1).

86. Le législateur roumain dit : *le crime manqué sera puni du minimum de la peine prévue par le crime lui-même.* » Nous estimons qu'en ce cas aussi bien que dans le cas de tentative inachevée le législateur roumain a été trop indulgent, car si le préjudice matériel dans le cas de crime manqué n'est pas aussi grand que dans le cas de crime consommé, la perversité est la même ; l'irrévocabilité de la volonté apparaît tout aussi établie dans un cas que dans l'autre. L'agent a exécuté tous les actes qu'il croyait suffisants à la production du résultat qu'il cherchait dans les deux cas. Il n'y a de différent que le résultat ; mais la même volonté reste debout jusqu'à la fin du chemin

1. On fait une mauvaise application de la loi, lorsque la Cour applique à la tentative de meurtre, la peine prévue pour le crime de meurtre manqué. *Cass. roum.*, II, 28 avril 1881. B. p. 358.

criminel. Or, dans toute répression, comme nous l'avons déjà dit, c'est cette volonté irrévocable seule qui joue le rôle principal ; c'est cette volonté qu'on doit atteindre. Dès lors, s'il en est ainsi, ni la culpabilité, ni la nocuité de l'agent ne sont moindres dans le premier cas que dans le second. Dans l'un et dans l'autre l'intérêt social apparaît également compromis, demandant en conséquence une égale satisfaction. Il faut donc que le juge ait la possibilité pleine et entière d'assimiler les deux situations. Voilà donc, ce que d'après nous le législateur roumain devait faire.

87. Quant à la tentative en matière de délit, l'article 39 est la reproduction exacte de l'article 3 du Code pénal français. Elle n'est punie que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi.

Dans les cas où elle est punissable, devra-t-elle renfermer tous les éléments qui sont exigés de la tentative en matière de crime ?

En un mot, doit-elle être manifestée par un commencement d'exécution, et doit-elle n'avoir été suspendue, ou n'avoir manqué son effet, que par une cause indépendante de la volonté de son auteur ? Oui, certainement : c'est dans l'article 39 lui-même que se trouvent les éléments qui constituent le corps de la tentative. Le législateur roumain a eu soin de les indiquer et de les préciser, dans le contenu même de l'article ; ce que le législateur français n'a

pas fait, et il oblige de s'appuyer sur l'article 2 du Code qui contient la définition générale de la tentative.

Déjà nous connaissons les éléments constitutifs de la tentative punissable. Nous venons de déterminer sa pénalité légale ; c'est toute la notion de la tentative qui, par là même nous est connue.

Vu par le Président de la thèse :

LE POITTEVIN

Vu ; le Doyen,
CH. LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE I. — Les données historiques.....	7
<i>Section I.</i> — Le droit Romain.....	7
<i>Section II.</i> — L'ancien droit.....	12
<i>Section III.</i> — Le droit intermédiaire et le Code pénal.....	16
<i>Section IV</i> — Le droit roumain.....	19
CHAPITRE II. — La notion législative de la tentative punissable.....	29
<i>Section I.</i> — L'incrimination ; éléments constitu- tifs de la tentative punissable.....	29
§ 1. — L'intention criminelle.....	31
§ 2. — Le commencement d'exécution.....	33
§ 3. — L'absence de désistement volontaire.....	89
§ 4. — Le délit impossible.....	97
<i>Section II.</i> — La pénalité.....	116

